Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung 10

Michael Ganner, Caroline Voithofer (Hg.)

Rechtstatsachenforschung

Tagungsband 2018



innsbruck university press

SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung: Band 10

Series Editors: Heinz Barta, Michael Ganner, Caroline Voithofer



innsbruck university press

Michael Ganner, Caroline Voithofer (Hg.)

Rechtstatsachenforschung
Tagungsband 2018

Michael Ganner
Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung des Amtes der Tiroler Landesregierung (Abteilung Kultur), des Landes Vorarlberg, des Instituts für Zivilrecht der Universität Innsbruck sowie des Vizerektorats für Forschung der Universität Innsbruck gedruckt.





Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://ddb.de abrufbar.

Universität Innsbruck
1. Auflage

www.uibk.ac.at/iup
ISBN 978-3-903187-65-8

Vorwort

Als Herausgeber_innen der Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung" freuen wir uns, den nunmehr zehnten Band veröffentlichen zu können. Er enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung", die am 21./22. Juni 2018 in Innsbruck veranstaltet wurde.

Für die Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts haben wir wieder *Tanja Ulasik* sowie Frau Dr.[in] *Birgit Holzner* und *Carmen Drolshagen* von der *iup* herzlich zu danken. Die Beiträge selbst geben – wie immer – die Ansichten der Autor_innen wieder.

Innsbruck, Juni 2019

Michael Ganner & Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck

Inhalt

Abkürzungen

Abb	Abbildung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
ACM	Association for Computing Machinery
ADR	Alternative Dispute Resolution
AK	Arbeiterkammer
Assoz	Assoziiert/e/r
AStG	Alternative-Streitbeilegung-Gesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMGF	Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
BMI	Bundesministerium für Inneres
bspw	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
dt	deutsch/e
dzt	derzeit
EFSlg	Sammlung der ehe- und familienrechtlichen Entscheidungen
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ErbRÄG	Erbrechtsänderungsgesetz
ERC	European Research Council
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EUR	Euros
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristen-Zeitung
f	und der, die folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	fortfolgende
FS	Festschrift
FWF	FWF Der Wissenschaftsfonds
GG	Bonner Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
HeimAufG	Bundesgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit während des Aufenthalts in Heimen und anderen Pflege- und Betreuungseinrichtungen
ICSI	Intrazytoplasmatische Spermieninjektion
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iSd	im Sinn der/des
IT	Informationstechnologie
IVF	In-vitro-Fertilisation
JAB	Justizausschussbericht
JAS	Journal für Arbeitsrecht und Sozialrecht
JBl	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KA	Krankenanstalt/en
KAKuG	Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten

Kap	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KH	Krankenhaus
KV	Kollektivvertrag
LGBTQ	Lesbian Gay Bisexual Transgender Queer
Lit	Literatur
LKF	Leistungsorientierte Krankenhausfinanzierung
Lt	laut
ME	Ministerialentwurf
mE	meiner Einschätzung
mgl	möglich
Mio	Millionen
MRVN	Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen
muF	medizinisch unterstützte Fortpflanzung
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NGOs	Non-Governmental-Organisations
NHS	National Health Service
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
Ö	Österreich
ODR	Online Dispute Resolution
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof
OP	Operation
PID	Präimplantationsdiagnostik
Pkt	Punkt
Prof	Professor/in
Qua	Quality
Rdb	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RöK	Richtlinien ökonomischer Krankenbehandlung
Rsp	Rechtsprechung
S	Siehe
SEC	Section
SGB	Sozialgesetzbuch
SSV	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Sozialrechtssachen
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
SV	Sozialversicherung
SVSlg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
TirKAG	Tiroler Krankenanstaltengesetz
tw	teilweise
ua	unter anderem
UbG	Unterbringungsgesetz
udgl	und dergleichen
uE	unserer Einschätzung
UK	United Kingdom
UNHRC	United Nations Human Rights Council
Univ	Universität/s
UNO	United Nations Organisation
US	United States
USA	United States of America
uU	unter Umständen
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
vs	versus
ZAF	Zeitschrift für Arbeitsmarkt-Forschung
zB	zum Beispiel
ZfG	Zeitschrift für Gesundheit
ZPO	Zivilprozessordnung
ZQP	Zentrum für Qualität in der Pflege
zT	zum Teil
zw	zwischen

Andreas Schwartze

Begrüßung der Teilnehmer

Ich freue mich sehr, Sie heute auf der bereits 9. Tagung zur Rechtstatsachenforschung begrüßen zu können. Als Leiter des Instituts für Zivilrecht schätze ich es sehr, dass diese empirische Forschungsrichtung zusammen mit dem übergeordneten Grundlagenfach „Rechtssoziologie“ bei uns beheimatet ist – ein Verdienst meines geschätzten Kollegen *Michael Ganner* und seiner engagierten Mitarbeiterin *Caroline Voithofer*, die diese von *Heinz Barta* begründete Tradition fortführen. Die Grundzüge der Rechtstatsachenforschung werden unter anderem auch in einer Vorlesung des individuellen Wahlfächerkorbes im Diplomstudium der Rechtswissenschaften vermittelt. Weitere Informationen finden sich hier: http://www.uibk.ac.at/rtf/.

Die diesjährige Tagung hat einen ersten Schwerpunkt im Gesundheits- und Medizinrecht, welches nicht nur durch eine entsprechende Vorlesung (*Ganner /Kalchschmid*), sondern außerdem durch einen Universitätslehrgang „Medizinrecht“ (unter der Leitung unseres Institutskollegen *Bernhard A. Koch*) sowie ein Doktoratskolleg „Medizinrecht und Gesundheitswesen“ (geleitet ebenfalls von *Michael Ganner* und *Caroline Voithofer*) an unserem Institut in besonderer Weise gepflegt wird, und vermittelt dann durch die nachfolgenden Referate die Breite möglicher Anwendungsbereiche empirischer Untersuchungen, vom Familien- und Sozialrecht über das Zivilprozessrecht und das Strafrecht bis hin zu den ausländischen Rechtsordnungen Russlands und Kubas.

Leider wird die Rechtstatsachenforschung von vielen Juristen unterschätzt, teilweise auch geringgeschätzt oder sogar abschätzig beurteilt. Das liegt wohl daran, dass die Abläufe innerhalb der Gesellschaft, die selbstverständlich auch von rechtlichen Normen stark beeinflusst werden, in erster Linie von Sozialwissenschaftlern beurteilt werden,[1] während Rechtswissenschaftler sich traditionell allein um die Rechtslage kümmern und ihre dogmatischen Gebäude häufig nur ungern verlassen.[2] Vor allem für rechtspolitische Überlegungen ist die Rechtstatsachenforschung jedoch unverzichtbar, um das Recht zur sozialen Steuerung und damit verbundener Handlungsorientierung[3] zielgenau auf gesellschaftliche Probleme ausrichten zu können.[4]

---

[1] Vgl etwa die entsprechenden gesammelten Aufsätze in *Schelsky* (1980).
[2] Selbstverständlich gibt es einige Gegenbeispiele, wie etwa *Schulte* (2011); *Hamann* (2014).
[3] Vgl *Kirchner/Schwartze* (1993) Sp 877.
[4] Dazu schon *Rehbinder* (1970) 333ff.

Im deutschsprachigen Raum, in erster Linie in Deutschland, gibt es nur wenige weitere bei den Rechtswissenschaften angesiedelte entsprechende Forschungseinrichtungen, so etwa die Institute für Rechtstatsachenforschung an der Universität Konstanz, an der Friedrich-Schiller-Universität Jena (zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht), an der Universität Bielefeld (mit Rechtspolitik), sowie für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung an der FU Berlin.

Schaut man in entfernte Regionen, dann ist etwa in den USA die Beschäftigung mit „Law and Society" ungebrochen,[5] wobei schon die offenere Bezeichnung (parallel in der bedeutenden „Law and Society Review", nunmehr im 53. Jahrgang) vermutlich mehr Spielraum verschafft und interdisziplinäreres Arbeiten verspricht – dies, so ist zu hoffen, sollte bei uns auch für das gleichartige Label „Recht und Gesellschaft" gelten.

Es freut mich sehr, dass neben heimischen Vortragenden, auch vom benachbarten Institut für Soziologie sowie dem Institut für Public Health der UMIT, nicht nur solche aus anderen österreichischen Regionen, sondern auch aus Deutschland und sogar aus Kuba kommen. Das zeugt davon, dass die Rechtstatsachenforschung überall, sowohl räumlich wie thematisch, sinnvoll eingesetzt werden kann und in Zukunft wieder mehr Beachtung verdient.

Ich danke allen Beteiligten und insbesondere den OrganisatorInnen für ihren Einsatz und wünsche den Teilnehmern spannende inhaltliche Erkenntnisse und angenehme persönliche Begegnungen.

[5] S etwa *Friedman* (1981); zur aktuelleren Entwicklung *Trubek*/*Esser* (2011) 115ff.

Literatur

Friedman 1981: Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften (1981).

Hamann 2014: Evidenzbasierte Jurisprudenz (2014).

Kirchner/Schwartze 1993: „Recht", in: Enderle/Homann et al (Hg) Lexikon der Wirtschaftsethik (1993), Sp 876-877.

Rehbinder 1970: Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz, JbRSoz Bd 1 1970, 333ff.

Schelsky 1980: Die Soziologen und das Recht (1980).

Schulte 2011: Eine soziologische Theorie des Rechts (2011).

Trubek/Esser 2011: „Critical Empiricism“ and American Critical Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box? German Law Journal 12/2011, 115ff.

Univ.-Prof. Dr. Andreas Schwartze, LL.M (EHI)
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81230
andreas.schwartze@uibk.ac.at

Michael Ganner/Caroline Voithofer

Einleitung

A. Einleitung

Die letzte Tagung zur Innsbrucker Rechtstatsachenforschung stand im Unterschied zu den vorangegangen unter keinem allgemeinen Motto, sondern wir wollten sie möglichst offen gestalten und eine intensive Austauschmöglichkeit über Fakultäts- und Institutsgrenzen in Innsbruck schaffen sowie um ausgewählte Impulse von „auswärts" bereichern. Unsere Einleitung bietet einen kurzen Überblick zu den und zugleich Vorgeschmack auf die einzelnen Beiträge des Tagungsbandes. Bereits der Blick auf das Inhaltsverzeichnis zeigt, dass ein kleiner inhaltlicher Fokus auf Themen aus den Bereichen des Medizin- und Gesundheitswesens liegt.

Im Anschluss an die Beiträge findet sich wiederum das abgedruckte Tagungsprogramm, ein Abbildungs- und Tabellenverzeichnis, ein Stichwortverzeichnis sowie die gesammelten Kontaktdaten der Autor_innen.

Auf die im Tagungsprogramm angeführten Beiträge von *Carolin Wimmer* sowie *Claudia Globisch* mussten wir leider im Band verzichten.

B. Die Beiträge des Bandes

Der Eröffnungsbeitrag des Soziologen *Joachim Renn* mit dem Titel „Normative Desintegration durch das Recht – vom Anomieverdacht zur Übersetzungs-Autonomie" zeigt deutlich die Grenzen von fachperspektiven-verhafteter Rechtsforschung. *Renn* beschreibt darin sowohl die Defizite der juristischen als auch der soziologischen Fachperspektiven und bietet einen anspruchsvollen Lösungsansatz in Form von „Übersetzungskaskaden" an, die er wie folgt beschreibt: „[…] das Recht […] erhält dabei einen von ihm nochmals abgesonderten Referenzraum, in dem die rechtliche Handlungskategorie mit einem ihm eigenen Signifikat ausgestattet wird: mit der bürokratischen Typisierung entscheidbarer Handlungsalternativen. Dieser Raum ist aber noch nicht die Praxis selbst, sondern er ist die Verfahrenswelt der Verwaltungsorganisation. Diese braucht in Gegenrichtung als Möglichkeitsbedingung der in ihm selbst formal organisierten Umsetzung der Verwaltungsprogramme das System gewordene und werdende Recht als Umgebung, um das Mandat für die artifizielle Übersetzung der Praxis in die Kategorien der behördlichen Entscheidungsabläufe aus einer sachlich gezähmten und auf das Abstraktum des Staates bezogenen Regierungsautorität ableiten zu können.

In ihr wird der praktisch aufgelaufene Sachverhalt in die Rechtstatsache übersetzt, um vermittelt über die Konditionalisierung zwischen Fallkategorie und Rechtsfolge einen Rechtsspruch zu erzeugen, der dann wieder rückübersetzt wird in die Urteils-Einschätzung auf dem Boden des milieuspezifischen Habitus […].“

Der Beitrag von *Joachim Renn* bildet eine theoretisch fundierte Kritik der Rechtsforschung und zugleich eine methodologisch anspruchsvolle Auflösung mancher – funktionaler – Fiktionen im/durch Recht.

An diesen Eröffnungsbeitrag schließen sich drei medizin- und gesundheitsrechtliche Themen an:

Michael Ganner geht in seinem Beitrag zur „Ökonomie und Ethik im Gesundheitswesen“ dem Dilemma der Verteilungsgerechtigkeit in der Spitzenmedizin nach. Den empirischen Rahmen bilden die Bevölkerungsentwicklung sowie der technologische und medizinische Fortschritt bei nicht wachsenden Geldressourcen. *Ganner* fragt, welche gesellschaftlichen Werte bei der Lösung des Dilemmas heranzuziehen sind und hinterfragt Effizienzsteigerungsmaßnahmen auf ihre ethischen Dimensionen. Um Rationierungen ethisch rechtfertigen zu können, brauche es vor allem ein transparentes Verfahren zur Bestimmung konkreter Maßnahmen sowie der Festsetzung von Prioritäten auf abstrakter Ebene. Der Beitrag ist ein Plädoyer für eine gesellschaftsvertragliche und damit demokratische Lösung der zu lösenden Verteilungsfragen sowie gegen einen „Privatisierungsreflex“ und eine Zweiklassenmedizin.

An den abstrakten Beitrag von *Michael Ganner* knüpft *Thomas Pixner* einen konkreten zum Titel „Gesundheitsökonomische Aspekte der Chirurgierobotik. Dargestellt am Beispiel der Prostatektomie unter Anwendung des *Da-Vinci* Chirurgieroboters“. *Thomas Pixner* gibt darin einen Einblick in die mögliche empirische und gesundheitsökonomische Relevanz seines Dissertationsthemas.

Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer/Gabriele Werner-Felmayer/Bettina Böttcher/Astrid Lampe/Wilhelm Geser/Claudia Schusterschitz präsentieren im Anschluss an den Beitrag von *Magdalena Flatscher-Thöni* und *Caroline Voithofer* des 9. Tagugungsbandes aus 2018 erste empirische Ergebnisse ihrer im Team und vom *TWF*[1] geförderten Kick-Off Studie zur „ Gametenspende in Österreich“. Sie präsentieren erste rechtstatsächliche Einsichten über Motive potentieller Keimzellspender_innen in Österreich.

[1] *Tiroler Wissenschaftsfonds* (UNI – 0404/1965).

Im Beitrag „Gewalt gegen alte Menschen in häuslicher Pflege" widmet sich *Anna Schwedler* der empirischen Relevanz des Themas und stellt zugleich das einschlägige interdisziplinäre Forschungsprojekt *VERA* (Interdisziplinäre Untersuchung zu Rechtsschutzdefiziten und Rechtsschutzpotentialen bei Versorgungsmängeln in der häuslichen Pflege alter Menschen)[2] vor.

Kristina Stöckl und *Kseniya Medvedeva* skizzieren in ihrem Beitrag „Menschenrechte unter Druck: Russland als Verteidiger ‚traditioneller Werte' vor den Vereinten Nationen" die universalistischen und die kontextualistischen Perspektiven innerhalb des UN-Menschenrechtsdiskurses. Die analytische Ausgangsbasis bildet dabei der Diskurs im UN-Menschenrechtsrat. *Stöckl/ Medvedeva* zeigen in ihrem Beitrag, wie sich 2009 die Debatte zwischen universalistischen und kontextualistischen Menschenrechtsperspektiven im UN-Menschrechtsbeirat intensivierte und die Russische Föderation dabei als Hauptverfechterin tradtioneller Werte in Erscheinung trat. Der Beitrag legt auch die offenen ideologischen Linien und Fragmentierungen im Menschenrechtsdiskurs frei und hebt die damit verbundenen normativen Herausforderungen hervor.

Einblicke in die juristische Ausbildung in Kuba mit Einblicken zur Rolle empirischer Rechtsforschung und Rechtsphilosophie gewährt *Anabel Puentes Gómez* von der Universität Havanna in ihrem Beitrag „Empirical and philosophical studies of law in Cuba – An outline from the experience".

In dem Beitrag „Warum gibt es immer weniger streitige Zivilverfahren?" präsentiert *Walter Fuchs* acht rechtssoziologische Thesen zum Klagsrückgang in Österreich und Deutschland. Dabei geht er auf widersprüchliche ökonomische Einflussfaktoren sowie auf das Klagen als Prozess der Mobilisierung von Gerichten ein. Empirisch zeigt er die Verminderung von Zivilprozessen im Vergleich zwischen Österreich und Deutschland. *Fuchs* weist in seinem Beitrag monokausale makro- oder mikroökonomische Erklärungen, die entweder nur auf die gesamtwirtschaftliche Lage oder auf die Höhe von Gerichtsgebühren in einem Justizsystem abstellen, zurück und plädiert dafür, das Zusammenspiel von gesellschaftlichen Konfliktursachen und der vorhandenen Bereitschaft zur Mobilisierung der Gerichte in den Blick zu nehmen sowie das Sinken der Klageeingangszahlen eingehender zu erforschen, damit seine Thesen bestätigt oder widerlegt werden können.

---

[2] VERA wurde gefördert vom Pflegebevollmächtigten der deutschen Bundesregierung und umfasste das Projektteam *Schwedler/Wellenhofer/Zenz/Salgo/Konopik/Oswald.*

Im Beitrag „Phishing in höchstgerichtlicher Judikatur" werten *Christian Sillaber* und *Sven Uebelacker* 94 straf- und zivilgerichtliche Entscheidungstexte der Jahre 2007-2017 aus Österreich, Deutschland und dem Vereinigten Königreich primär mittels quantitativer Aktenanalyse aus. Dabei arbeiten die Autoren Umfang, Vorgangsweise und das steigende Schadenspotential von Phishing-Attacken und drei Haupttatbestandsgruppen heraus: Datenbeschädigung, Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten, betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch und schwerer Betrug.

Im letzten Beitrag des Bandes präsentieren *Katharina Dobler* und *Simon Jetzinger* unter dem Titel „Empirische Untersuchungen zum gesetzlichen Erbrecht" einen Überblick über in Deutschland, Österreich, Schottland, England und Wales durchgeführte empirische Studien. Darunter etwa die rechtstatsächliche Untersuchung aus 1943 von *Jurij Fedynskyj* von 6.207 Verlassenschaftsakten. *Dobler/Jetzinger* stellen nicht nur Methode und Untersuchungsergebnisse vor, sondern zeigen auch, wie die empirischen Erhebungen in Reformvorschläge und Reformen des Erbrechts mündeten. Sie plädieren für eine umfangreiche empirische Erforschung der „Erbrechtswirklichkeit" in Österreich.

Es handelt sich also um einen bunten Strauß unterschiedlicher nationaler und internationaler Themen, die die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung in einer sich wandelnden Gesellschaft eindrucksvoll belegen. Dabei können freilich nur kleine Schlaglichter auf einzelne Bereiche geworfen werden. Vieles andere bedürfte ebenso intensiver rechtstatsächlicher und rechtsoziologischer Untersuchungen, was aber hier mangels Ressourcen nicht geleistet werden kann. Mit den regelmäßigen Tagungen und den dazu erscheinenden Tagungsbänden soll das in Österreich sehr zarte und bedrohte Pflänzchen der Rechtstatsachenforschung zumindest am Leben erhalten werden.

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner &
Univ.-Ass.^{in} Dr.^{in} Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81208 & 0512/507-81213
michael.ganner@uibk.ac.at & caroline.voithofer@uibk.ac.at

Joachim Renn

Normative Desintegration durch das Recht – vom Anomieverdacht zur Übersetzungs-Autonomie

A. Multiple Differenzierung von Normhorizonten

Für die gegenwärtige Gesellschaft sind ein ausgesprochen hoher Grad an *Heterogenität* und eine ausgeprägte Berührungsfreiheit zwischen ausdifferenzierten normativen Ordnungen unterschiedlichen Typs konstitutiv. Der und die „normale" Angehörige einer *ethisch* integrierten Gemeinschaft, eines Milieus, eines Familiennetzwerkes, eines nachbarschaftlichen, regionalen Sozialverbandes kennt viele normative Horizonte, die meisten aber nur von Ferne und ungefähr. Man ist habituell hinreichend ausgestattet mit normativem know how, bewegt sich überdies in rechtlich strukturierten sozialen Räumen. Aber man kennt das Recht nicht, und das ist auch nicht erforderlich, solange die Funktion des Rechts erfüllt wird, indem erstens der latente juristische Sinn normaler Handlungen bei Bedarf ins Spiel gebracht werden kann und soweit zweitens genau diese Latenz *indirekt* auf die normative Infrastruktur alltäglicher Lebensführung und Arbeitsorganisation befriedend einwirkt. Aber was für eine Art von „normativer Integration" der Gesellschaft ist in einer solchen Skizze impliziert?

Im Lichte der klassischen soziologischen, zB der *Durkheimschen* Theorie der Moderne müsste die angedeutete Berührungsfreiheit zwischen normativen Ordnungen (grob: zB zwischen Ethos des Milieus und formalem Recht) einen Zustand bedenklicher Anomie[1] bedeuten. *Durkheim* hatte die normative Differenzierung als arbeitsteilige Verzweigung zwischen Kollektivbewusstsein und moralentlasteten, zB „privatrechtlichen" Zuständigkeiten gedeutet, die trotz aller Spezialisierung aber auf eine einheitliche und verbindende Form der „organischen" Solidarität angewiesen bleibt.[2] Die Kontakt-Verminderung zwischen Normhorizonten, die in einer „funktional" differenzierten Moderne nur mehr Umwelten füreinander sind,[3] wäre für *Durkheim* ein anomieverdächtiges Krisensymptom.

---

[1] *Durkheim* (1997).
[2] Vgl auch: *Gebhart* (1993) und *Habermas* (1981).
[3] Vgl *Luhmann* (1981b); *Teubner* (1989); *Bora* (2003).

Allerdings bezeichnet der Begriff der sozialen „Integration" keine nach oben hin offene Steigerungsdimension wachsender Perfektionierung und Melioration der Gesellschaft, sondern ein Spektrum, an dessen *beiden* Enden dysfunktionale bzw normativ zweifelhafte Lagen liegen: „Überintegration" ist genauso möglich und problematisch wie „Unterintegration", so dass eine *vollständige* Kompakt-„Integration" gesellschaftlich koordinierten Handelns und entsprechender Motivlagen mit einem Verlust an Kontingenztoleranz, sprich an Flexibilität und Freiheitsgraden, gleichzusetzen wäre. Die gesellschaftliche Lage, Funktion und Kompetenz des Rechts müssen deshalb durch eine andere als die klassische Theorie moderner Differenzierung bestimmt werden. Mehr Variabilität der Analyse als die klassische Theorie funktionaler Differenzierung bietet eine Theorie „multipler Differenzierung",[4] die eine Differenzierung *zweiter Ordnung* als charakteristisch für spätmoderne Verhältnisse betrachtet. Diese Differenzierung zwischen Differenzierungsformen zieht im Unterschied zum Narrativ des Wechsels von hierarchischer zu funktionaler Differenzierung *mehrere*, aufeinander nicht abbildbare Achsen der Grenzbildung in den sozialen Raum. Durch die Auskristallisierung einer gegenüber Hierarchien (Stand, Status, Rang) *andersartigen* Differenzierung in der vertikalen Dimension stehen moderne gesellschaftliche Konstellationen weniger vor dem klassischen Problem der Integration einer kulturell und hierarchisch gegliederten communitas, als vor dem Problem der Differenzierung von Formen der Differenzierung (kulturelle, funktionale, regionale, horizontale, vertikale). Dadurch bekommt das Prinzip der „sozialen Integration" eine Mehrdeutigkeit, die klassische Konzepte der *normativen* Integration obsolet werden lässt. Die *Lockwoodsche* Unterscheidung zwischen System- und Sozialintegration[5] war erst der Anfang einer wachsenden Einsicht in die Verzweigung von teilautonomen Kontexten der Handlungskoordination, bei der aufgrund der *Meta-Differenzierung* in Typen der *intern* nochmals differenzierten Koordination (dh neben der Arbeitsteilung einer Differenzierung von Teilkontexten, die *einer* Integrationsform folgen) auch *Integrationsformate* ausdifferenziert worden sind. Eine Differenzierung *zweiter* Ordnung ruft dann nach einer *Integration* zweiter Ordnung (auf der Ebene von Austauschbeziehungen zwischen heterogen integrierten Teilhorizonten). Diese lässt sich – wenn die Komplexitäts- und Differenzierungslage nicht verfehlt werden soll – allerdings nicht mehr als eine andere, weitere, nur etwas modifizierte Integration *erster* Ordnung verstehen: die Integration von System- und Sozialintegration ist selbst weder System- noch Sozialintegration. Integration ist ein *heterarchisch* strukturiertes Geschäft an vielen Fronten der auf entkoppelte Kontexte asymmetrisch verteilten Übersetzungsarbeit über Sinnhorizont-Grenzen hinweg.

[4] *Renn* (2006); *ders* (2014).
[5] *Habermas* (1981).

Man muss der extremen Version der Systemtheorie also nicht folgen, die die soziologische Orientierung an der gesellschaftlichen „Integration" *komplett* kassiert, und kann dennoch diesen Verdacht auf Distanz bringen. Auch in der Perspektive einer Theorie der „multiplen Differenzierung"[6] bedeutet die ausgeprägte Differenz zwischen normativen Horizonten kein Krisensymptom, sondern zuerst einmal eine *ambivalente* Erscheinung: möglicherweise muss nicht die vermeintlich defizitär integrierte Gesellschaft normativ gestrafft werden, sondern es gehört die klassische (soziologische und politische) Aufgabendefinition des Konzeptes der normativen Integration korrigiert.

B. Die Lage des Rechts im sozialen Raum

Das bedeutet bezogen auf die Lage und die Aufgabe des Rechts im differenzierten sozialen Raum moderner Gesellschaft: nicht die normative Integration, sondern eine spezielle normative *Desintegration* der Gesellschaft muss als Funktion des Rechts gelten: die *Entkoppelung* unterschiedlicher Normhorizonte voneinander. Diese Des-Integration wäre sogar als eine begrüßenswerte und vor Gegentendenzen zu bewahrende Errungenschaft der modernen Konstellation einer pluralistischen Weltgesellschaft anzusehen (wenigstens in einigen ihrer politisch-territorialen Segmente). Zur Plausibilisierung dieser womöglich zuerst kontraintuitiven Diagnose muss man etwas ausholen. Das legitimiert den Ausgang der Überlegungen von einem scheinbar marginalen Rand der Problemlage aus: vom Verhältnis zwischen soziologischer und rechtswissenschaftlicher Rechtstheorie.

Der Spalt zwischen diesen scheinbar auf ein identisches Gebiet fokussierenden Reflexions-Unternehmen zeigt eine allgemeinere Problematik an: die weit gediehene Entkoppelung zwischen den Sinnhorizonten, sozusagen zwischen den kommunikativen Sendefrequenzen von Teilsystemen der Gesellschaft. Die Soziologie betrachtet die Wirkung des modernen Rechts auf ihre gesellschaftliche Umwelt aus einem *ganz* anderen Blickwinkel als die Rechtswissenschaften.[7] Für die Rechts-*Soziologie* ist das Selbstverständnis eines juristischen Systems oder der juristischen Profession eine besondere, kontext*gebundene* Version der *selbst*reflexiven Rechtsbeobachtung. Deren Anspruch auf gesellschaftliche Konfliktsteuerung – mit oder ohne politischem Mandat – erscheint aus der soziologischen *Beobachter*-Perspektive in der Regel als eine unrealistische Selbstüberschätzung, die allerdings als solche durchaus latent funktional sein kann. Kontextbindung heißt im Fall der „Reflexionstheorie

[6] *Renn* (2006); *ders* (2014); vgl mit Bezug auf das Recht auch: *Nell* (2018); *Mölders* (2018).
[7] Vgl wieder *Durkheim* (1977); *Gebhart* (1993); *Habermas* (1992).

des Rechts“ (Luhmann 1997, Kieserling 2004) Eingeschmolzenheit in das hier (soziologisch) beobachtete System, aus dem die rechtswissenschaftliche Analyse des Rechts und der rechtsexternen „Rechtstatsachen“ nicht hinaustreten kann, ohne den juristischen Horizont zu verlassen. Die Reflexion des Rechts im System des Rechts ist nur dann noch Teil des institutionalisierten Rechtsystems (hier der „Jurisprudenz“), wenn sie den blinden Fleck, den die Kommunikation konstituierenden Code, des Rechts implizit voraussetzt und also praktisch bzw „operativ“ in Anspruch nimmt.

An dieser operativen Voreingenommenheit ist indessen nichts Ehrenrühriges. Im Gegenteil: zur Funktion des Rechts gehört, dass gerade seine Neigung, sich selbst pars pro toto als Hauptbeauftragte der normativen Integration der Gesellschaft zu stilisieren, als eine *effektive* Fiktion – bei Gewähr des latenten Status dieser Fiktionalität – faktisch, wenn auch indirekter als gedacht, zu dieser Integration beiträgt. Die Juristin regelt weniger in die Gesellschaft und die konkreten Lebensführungen hinein, als ihr Professions-Ethos es ihr einreden will, aber gerade dieser Professions-Ethos und dessen Darstellung nach außen provoziert die komplementäre Erwartung vonseiten der *Laien* (die jede Art gesellschaftlicher Korrektur und Garantien für Verhaltensstabilität an das Recht delegieren möchte); und so wird die indirekte Beziehung zwischen Recht und ihrer sozialen Umgebung aufrecht erhalten, und es werden entsprechende *indirekte* Effekte am Laufen gehalten.

Gerade die funktionalistische Variante der soziologischen Rechts-Beobachtung, rechnet das juristische Kontrollbegehren zu einem realitätsfernen, weil selbstreferentiellen Bestandteil einer partikularen (wenn auch monopolisierenden) Reflexionstheorie herunter. Die Umwelt unterscheidet immer anders und hält sich trotz Rechtszwang weiterhin an ihre eigenen Unterscheidungen. Das alles „durchschaut“ die Soziologie, die sich an der rechtssysteminternen Aufrechterhaltung der Wirkungsillusion selbst nicht beteiligen muss, von außen. Aber natürlich wird die darin liegende leichte Überheblichkeit der soziologischen Rechtsbeobachtung im Gegenzug kompensiert durch deren Inkompetenz in Sachen rechtsinterner Sachkenntnis. All diese reziproken Blindheiten sind aber gar nicht als zu behebende Defizite zu werten, sondern sie sind adäquater Ausdruck einer fundamentalen Perspektivenabhängigkeit spezialisierter Kommunikation, in der sich der Stand sozialer Differenzierung dokumentiert.

Es handelt sich im Verhältnis zwischen rechtlicher und soziologischer Rechts-Beobachtung um eine symmetrische Asymmetrie: Recht und Soziologie sprechen *unterschiedliche Sprachen*, und sie sind *deshalb* im wechselseitigen Vergleich sowohl komplexer als auch reduktiver als der Widerpart. Aber das ist in der

Konstellation moderner Übersetzungsverhältnisse[8] kein Einzelfall: Ebenso sprechen auch Politik und Recht, ebenso Ökonomie und Recht *verschiedene* Sprachen.[9] Diese Sprachen sind um abstrahierte Codes herum organisiert und zeichnen sich ua dadurch aus, dass sie sich kommunikativ auf soziale Ereignisse nur in subsumierter und generalisierter Form beziehen (können!), wobei der Verlust an hermeneutischer Feinkörnigkeit der Bezugnahmen kompensiert wird durch den Zugewinn an Reichweite der systemischen Koordinationsleistung[10]. Diese Lage ist nicht besonders überraschend und noch nicht einmal allzu bedrohlich für den juristischen Kontrollanspruch: zwar kommt das Recht in der Wirtschaft nur zur *indirekten* Wirkung: qua Übersetzung des Rechtsentscheids in Kosten, in der Politik qua Übersetzung in Entscheidungs-Spielräume und Machtchancen.[11] Dennoch stehen diese Sinn- und Handlungssphären auf gleicher Augenhöhe, was das *Format der koordinierenden Sprache* angeht: sie bewegen sich im Frequenzbereich „symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien".[12] Diese Medien sind zwar wechselseitig inkompatibel: Politik und Wirtschaft überlassen dem Recht (im Falle effektiver Differenzierung) das Monopol auf Codierung und Programmierung *allgemeiner normativer Erwartungen*; aber, was die Sprachform, den Grad an Generalisierung möglicher Referenzobjekte (was genau wird koordiniert?), angeht, beziehen sie sich *gleichermaßen* auf *kategorisierte* Ereignistypen. Das Recht „steuert" normativ, die Wirtschaft koordiniert über Kosten und Dividende, aber sie können einigermaßen zuverlässig unterstellen, dass sie als arbeitsteilige Generalisierer zumindest auf *gleichartig* formatierte Kommunikations- bzw Handlungssequenzen, dh auf Typisierungen *allgemeinen* Charakters, Bezug nehmen.

Anders fällt die *Art der Verschiedenheit* der Sprachen aus im Verhältnis zwischen systemischen Kommunikationsfrequenzen und *praktisch konstituierten Kontexten* der Interaktion[13] und der habituell verankerten Lebensführung[14]: hier divergieren nicht nur die Rationalitätskriterien und die Leitcodierungen generalisierter Kommunikation, sondern es divergieren Abstraktionsgrade der Bestimmung von Einzelelementen der kommunikativen Sequenzen.[15] Dieser Unterschied konstituierte eine andere Art von Heterogenität. Während der rechtsverbindlich artikulierte Vertrag sowohl rechtlich als auch ökonomisch

---

[8] *Renn* (2006).
[9] Vgl *Bora* (2003).
[10] S zur referenziellen Abstraktion der Bezugsgegenstände: *Künne* (2007).
[11] *Mölders* (2018).
[12] *Parsons* (1951); *ders* (1964); vgl einerseits *Luhmann* (1997), andererseits *Habermas* (1981).
[13] *Polanyi* (1985).
[14] *Bourdieu* (1979).
[15] *Künne* (2007); *Renn* (2006) 110ff; vgl auch *Vesting* (2011).

generalisierte Handlungsformate bindet und entsprechende Anschlüsse kalkulierbar macht (zB quantifizierten Schadensersatz), koordiniert der Sinnhorizont einer *praktischen Lebensform* situativ und personal *individuierte Handlungsereignisse*: am Vertrag interessiert auf dieser Kommunikationsfrequenz der *spezifische* Horizont der konkreten Implikationen jenes Vertrages. Solche Implikationen werden im Modus impliziter, praktischer Gewissheit[16] genau und handlungsangemessen feinkörnig individuiert, und das heißt, sie werden nicht subsumiert. Erst in dieser Form – übersetzt in die Sprache des habituellen Horizontes einer performativen Kultur – entfaltet der abstrakte Vertrag *konkrete* Anschlussselektivität: *rechtlich* programmiert der Miet-Vertrag zB keine und schon gar keine näher bestimmte Freundlichkeit gegenüber dem Vermieter, habituell stellt demgegenüber das bzw ein bestimmtes Milieu auf jeweils seine Weise die Kompetenz bereit, zu wissen, *wie* man im Umgang mit dem nolens volens dauerhaft als kommunikatives Gegenüber virulenten Vertragspartner zwischen Streitvermeidung und falscher Intimität hindurch navigiert.

C. Übersetzungszwang und Wirkungen des Rechts

Diese Lagerung auf zweierlei Achsen, erstens bezogen auf die *horizontale* Differenz zwischen verschiedenen codierten Systemhorizonten und zweitens bezogen auf die *vertikale* Differenz zwischen Abstraktionsgraden des sinnhaften Zugriffs (dh der Nähe zur Ebene der konkreten Lebensführung[17]), ist für die Wirkung(en) des Rechts von eminenter Bedeutung. Denn die Spezialisierung des Rechtssystems auf *normative* Erwartungen – das Monopol auf die Koordination des Handelns im Modus des begründeten Imperativs bzw des gerechtfertigten „Sollens" – markiert zwar den Unterschied zu anderen Systemen hinreichend. Diese Spezialisierung definiert aber noch nicht hinreichend die Art der Heterogenität zwischen Rechtssystem und *praktischen* Kontexten: in diesen Fällen liegt jenseits der Grenze des Rechts nicht wie im Fall anderer Funktionssysteme ein normindifferenter Sinnhorizont[18], sondern eine andersartige, aber dennoch ebenfalls *normative* Ordnung. Und diese Ordnung lässt sich nicht entlang der funktionalen Spezialisierung, sondern nur entlang der Differenz zwischen Abstraktionsgraden des Sinnhorizontes und damit der Form der Handlungskoordination vom Rechts*system* unterscheiden. Die Wirkungen des Rechts(-Systems) müssen sich also über komplizierte Sinngrenzen hinweg entfalten: während das Recht unter den Systemen die Expertin für

[16] *Polanyi* (1985).
[17] Vgl *Renn* (2006) 397ff.
[18] *Luhmann* (1981a).

normative Bindung ist,[19] fungiert es unter den ausdifferenzierten Formaten *normativer* Ordnung als Expertin für die *formale Generalisierung* der normativ relevanten Materie[20]. Schon das ist eine – hier rechtsspezifische – Facette „multipler Differenzierung". Sie fällt um einiges komplizierter und regional jeweils variantenreicher aus, als es das weit verbreitete Narrativ der funktionalen Differenzierung erkennen lässt.

Die hier konstitutive Sprachdifferenz ist keine Trivialität (also mehr als nur das Symptom einer Differenz zwischen Experten- und Laien-Wissen[21]). Am Ende hängt an der Differenzierung zwischen Differenzen (also an der Institutionalisierung des Unterschieds zwischen einerseits den Grenzen zwischen Systemen und andererseits den Grenzen zwischen Systemen und praktischen Handlungskontexten) schließlich die klassische und gewissermaßen am ehesten *politisch* anschlussfähige, soziologische Frage nach der normativen Integration der Gesellschaft. Eine Differenzierungstheorie, die der Pluralisierung von Formen sozialer Differenzierung gerecht werden will, muss solche Sprachunterschiede im Kontrast zu eingeschliffenen Vorurteilen in der Gesellschaftstheorie deutlich dramatisieren.

Erstens impliziert diese strukturbildende Sprachdifferenz zwischen Systemen und praktisch integrierten Kontexten des Handelns eine strukturelle Heterogenität von Sinnhorizonten, die das in der Soziologie meist blind vorausgesetzte Prinzip der „Koreferenzialität" aushebelt: dh Recht und Praxis beziehen sich nicht nur auf jeweils andere Weise auf Handlungen oder Handlungssequenzen, sondern sie konstituieren durch ihre Bezugnahme jeweils *andere* Handlungen. Die rechtliche und die praktische Bezugnahme auf Handlungen synthetisieren in Abhängigkeit von ihrem eigenen Sinnhorizont *andere Arten* von Referenzobjekten. Das *interne* Signifikat („worüber" spricht das Recht, der Rechtssatz, das Urteil etc) und der externe Referent („worauf" bezieht sich jenes, wovon im Recht die Rede ist) sind nicht mehr identisch (stattdessen herrscht eine Beziehung der „Supervenienz"). Darin liegt, dass die „Rechtstatsachen" zerfallen in verschiedene Sinnelemente, zwischen denen keine Repräsentationsbeziehung besteht.[22] Zwischen Kontexten, die getrennte Horizonte der Tatsachensynthesis (dh ihrer Bestimmung, Individuierung und Typisierung) bilden, muss in einem radikalen, nämlich *bedeutungstransformierenden* Sinne „übersetzt" werden.[23] Schon deshalb zerfällt die Leistung der „normativen Integration" des Handelns „überhaupt" (in der Gesellschaft) zunächst in ver-

[19] *Luhmann* (1981).
[20] *Berman* (1991).
[21] Im Sinne etwa von *Schütz* (1974).
[22] Vgl *Lyotard* (1989) bzw *Putnam* (1990).
[23] *Habermas* (1999); *Renn* (2006) 283ff, 445ff.

schiedene, heterogene, jeweils *interne* – hier im Recht, dort im praktischen Milieu – normative Bezugnahmen auf das „Ganze" der Umwelt. Diese Bezugnahmen bleiben aber jeweils interne Übersetzung, sie sind nur als selektive, reduzierte, verwandelte in der internen Sinnbewirtschaftung hinreichend intelligibel, verständlich, bestimmt und anschlussfähig. Die Handlung als Zeichen erhält ihre Bedeutung in Teilen durch ihre Stelle in spezifischen Zeithorizonten, durch ihre inferentiellen Beziehungen zu weiteren Handlungen (die Handlung „bedeutet", was ihre Ausführung praktisch und semantisch *impliziert*).[24] Dadurch wird – auch bei scheinbarer Homonymie – die Handlung im Zuge sozialer Differenzierung polysem.[25] Diese fundamentale Polysemie verunmöglicht eine zentrale normative Integration nach dem Muster der *Parsons'schen* Idee einer hierarchischen Kontrolle: dh der *homogenen* Spezifizierung allgemeiner Werte in spezifischere Normen und dann gar in konkrete subjektive Motive.[26] Allgemein gilt, dass präskriptive Sätze in der Form des propositional und konzeptuell allgemeinen (also Ereignisse zu Exemplaren formenden) Imperativs inferentiell *unbestimmt* sind[27]: was es heißt, der Regel zu folgen, legt nicht die Regel fest,[28] sondern in letzter Instanz, dh „unten" am Boden der situierten Praxis, leistet diese Festlegung der habituelle Hintergrund eines impliziten-praktischen Wissens, „wie" man (hier und jetzt) der Regel folgt. Diesen Hintergrund steuert das Recht nicht, es „exportiert" vielmehr Imperative in rechtlich codierter Form in einen fremden Kontext, der diesen Imperativen eine andere Bedeutung (einen anderen Anschluss-Sinn) verleiht: der andere Kontext koordiniert die inferentiellen Implikationen des Imperativs eigensinnig auf eine Weise, die durch die *rechtliche* Konditionalisierung von Sachverhalt und Rechtsfolge nicht substituiert werden kann – weil in dieser Form keine Praxis funktionieren kann.

Für das Recht heißt das, dass seine Wirkungen nicht im Horizont der Direktsteuerung der Praxis zu bewerten sind. Das Argument der Sprachheterogenität ist nicht falsch zu verstehen: natürlich greifen die rechtlich formatierte Sorgerechtsbestimmung, das Aufenthaltsbestimmungsrecht etc in die konkrete Lebensführung ein, das bedeutet aber nicht, dass die normative Ordnung des Milieus umgestellt wird auf die rechtliche Form der Koordination (abstrakt typisierten) Handelns. Gesteuert wird die Praxis durch den Habitus, der ein Milieu macht, und das Recht kann (und sollte) bestenfalls in übersetzter Form die milieueigene Transformation milieuspezifischer normativer Hori-

---

[24] Vgl *Brandom* (1994).
[25] Vgl *Putnam* (1990).
[26] *Parsons* (1951); *Gebhart* (1993).
[27] *Brandom* (1994).
[28] *Wittgenstein* (1969); vgl *Schneider* (1999).

zonte anregen. Und nur auf diesem Umweg kann das Recht ordnende Kraft entfalten.

Das geschriebene Recht ist deshalb primär ein *Anspruch*, es steuert nicht die Handlung, sondern es ruft ihre *ordnende Auslegung* auf den Plan. Die „Rechtsdurchsetzung“ ist dann nicht schon das Handeln, das durch die Norm selbst geregelt wird. Sondern es ist die Art von Anwendung, welche die Transformation des Sinnes der Regel bei Rückführung in den Kontext der Gebrauchsbedeutung, am Ende auf die finale Subsumierbarkeit verpflichten soll. Diese Rechtsdurchsetzung muss die Subsumtion des praktischen Handlungsereignisses unter das Format erzwingen, sie muss die Streuung der Anwendung *einhegen* wollen; sie kann es aber nicht. Die Implementation des Mythos der Souveränität (des unbewegten Bewegers normativer Kontrolle), deren *Ausgriff* auf ein weites Feld komplexer Abläufe wegen dieser Komplexität den tatsächlichen *Durchgriff* selbst verunmöglicht, sie verrät diese Paradoxie bereits im Zuge neuzeitlicher Staatsbildung durch desperate *Auslegungsverbote*:[29] „leges et condere et interpretari“ gehöre zur kaiserlichen auctoritas. Und doch lassen sich die Homogenisierung des Rechts, das Monopol des Landesherrn, die Vereinheitlichung territorialer Herrschaft nur durchsetzen, wenn zugleich dem Instrument, dh zunehmend: der *Verwaltung* größeres Gewicht, und dh wachsende Autonomie und Interventionsmacht auf dem Weg der Auslegung, das ist der Applikation des Rechtsformates auf den Fluss der Praxis, eingeräumt wird die Verrechtlichung des frühen Staates, der im Vorfeld der Moderne zum normativen Monopol drängt, ist keine lineare „Sozialdisziplinierung“ (die Intensität des Durchgriffs wird, wie die jüngere Früh-Neuzeit-Forschung geltend macht, überschätzt, wenn man den „normativen Quellen“ zu sehr vertraut,[30] sondern die Verrechtlichung ist die Verfestigung eines *Übersetzungsverhältnisses* die Verrechtlichung braucht den Aufbau der Verwaltung, dh zugleich die Genese einer *formalen* Organisation, die Sachorientierung durchsetzt, zB Verwaltungsgebiete durch Sachbezug und nicht entlang gewachsener Lokalherrschaftsräume gliedert,[31] und sie benötigt die Metamorphose geburtsständischer Sozialdifferenzierung in die berufsständisch getragene Genese eines neuen Milieus: des semi-bürgerlichen semi-nobilitierten Berufsbeamtentums.[32] Es ist das der Bürokratie *assistierende* Milieu, dh ein „sozialer Kreis“ (*Simmel*), der auf eine auf *modifizierte* implizite Normativität umgestellte Habitualität gegründet ist, der innerhalb des Mediums der praktischen Umsetzung rechtlicher Imperative das Recht zunächst in sein eigenes Ethos, zB in den praktischen Modus einer Professions-Kultur übersetzt, um dadurch

[29] *Stolleis* (1990) 174f.
[30] Vgl *Landwehr* (2000) 16ff; *Burg* (1994).
[31] *Derlien/Szablowski* (1993).
[32] *Wunder* (1986).

dem Zug zur normativen Generalisierung und Subsumtion bei der ethisch „wieder-aufladenden“[33] Rückübersetzung des gesetzten Rechts in die „Praxis“ hinein Wirkung zu verschaffen. Dabei fungieren diese formale Organisation und diese kompatiblen Milieus mit ihrer Applikationsmacht nicht als ein gläsernes Medium, durch das die Verrechtlichung in die Zielkontexte „polizeylicher“ Regulation linear hindurchgereicht würde.

Die Verrechtlichung gewinnt mit diesen soziogenetischen Sedimentierungen von Handlungsbahnen *nicht* – wie die Theorie lange mit *Max Weber* meinte – ein selbstloses, rein zweckrationales Instrument zur *direkten* Normierung des Handelns in der Lebensform (über die Steuerung der Motive). *Weber* bediente sich zur Charakterisierung der rechtlichen Steuerungs-Funktion der polemischen und hoch umstrittenen Metapher des „Subsumtionsautomaten“.[34] Die Ausdifferenzierung zwischen dem positiven Recht, dem Milieu der Anwendungsbeauftragten und der impliziten Normativität von praktischen Bereichen der Lebensführung bedeutet demgegenüber aber vielmehr die Etablierung einer *Übersetzungskaskade*: das Recht (das System der Rechtssätze wie das Kommunikationssystem konditionalisierter Verfahren) erhält dabei einen von ihm nochmals abgesonderten Referenzraum, in dem die rechtliche Handlungskategorie mit einem ihm eigenen Signifikat ausgestattet wird: mit der bürokratischen Typisierung entscheidbarer Handlungsalternativen. Dieser Raum ist aber noch nicht die Praxis selbst, sondern er ist die Verfahrenswelt der Verwaltungsorganisation. Diese braucht in Gegenrichtung als Möglichkeitsbedingung der in ihm selbst formal organisierten Umsetzung der Verwaltungsprogramme das System gewordene und werdende Recht als *Umgebung*, um das Mandat für die artifizielle Übersetzung der Praxis in die Kategorien der behördlichen Entscheidungsabläufe aus einer sachlich gezähmten und auf das Abstraktum des Staates bezogenen Regierungsautorität ableiten zu können.

Konstitutiv wird das Recht als geschriebenes, dann als systematisch, schließlich systemisch koordinierter Eigenraum der Kommunikation, damit nicht für die Welt der Lebensform selbst, nicht für die interaktiv vollzogene Milieureproduktion in der Dichte der kommunikativen Boden-Praxis. Es musste sich in einem anderen Substrat der Kommunikation als in der performativ fließenden Sequenz der Handlungen bilden: im ausdifferenzierten Horizont der systematischen Bestimmung eines immer typisierten, generalisierten Handlungssinnes: Konstitutiv wird das Recht insofern zuerst für die ausdifferenzierte, selbstbezügliche Textwelt einer Systematik der geschriebenen Rechte, dann für die Verfahrenswelt eines Rechtssystems und seiner ihrerseits *eigensinnigen* (funktional umwandelnden) Übersetzungsagenten, wie Verwaltung.

[33] *Nell* (2018).
[34] *Günzl* (2019).

Ganz im Sinne *Kelsens*[35] hat der effektive Selbstabschluss eines positiven Systems der Rechte (zuerst die Bildung eines Systems der rechtlichen Begriffe, Sätze und Schlussweisen) also sinn- und kommunikationstheoretisch gesehen die folgenreiche Konsequenz, dass eine „Rechtstatsache" zu einer Innenkonstruktion ohne direkten referentiellen Außenrückhalt wird; dass sie zunächst die *Übersetzung (und dh die Verwandlung)* eines rechtsexternen Sachverhaltes in eine nur rechtsintern bestimmte, abgegrenzte, explizite und kategorisierte „Tatsache" ist, und das zu dieser Verwandlung die Transformation praktischer Geltung in die eigensinnig, nämlich *juridische* normative Evaluation gehört.[36] An dieser Selbstreferenzialität des juristischen Bezuges auf eine zuvor bereits *juristisch* bestimmte „Tatsache" (und auf ihre erst damit konstituierte normative Valenz) hängt schließlich – nicht nur systemtheoretisch betrachtet – gerade die Einheit eines autonomen – begründungstechnisch wie methodisch – von Außenrückhalten entkoppelten Rechtssystems (als System von Rechtssätzen, als Systematik von Rechtssatz-Folgerungsbeziehungen, als System von formalisierten Sprechakten und Verfahren[37]).

Das Strafrecht bestimmt dann schließlich, nach vollzogener Ausdifferenzierung, die „Tat" in kategorial anderer Weise als der habituelle Horizont der Personen, die am Geschehen „leiblich" beteiligt waren. In einer Hinsicht unterscheidet das Recht jetzt feiner, in einer anderen Hinsicht sehr viel gröber als die „Praxis": feiner, weil es bei der – womöglich revisionsfesten – Zuschreibung von „Vorsatz" über ausgefeilte Differenzierungen zwischen möglichen Kriterien und über systematisierte Kataloge eindeutig diskriminativer Merkmale einer Handlungssequenz bzw eines Motivformats verfügt. Das unterscheidet sich erheblich von der Alltagsattitüde. Das Recht bestimmt zugleich aber gröber, denn diese Verfeinerungen wird um der möglichst lückenlosen Subsumtion willen – der Tendenz nach kasuistisch – durch immer weitere Konjunktionen expliziter, dh generalisierter Attribute herbeigeführt. Diese Iteration der Verschachtelung allgemeiner Merkmale transformiert (intern!) eine Vielzahl heterogener Mikroaspekte des praktischen Geschehens in eine verarbeitungs-freundlich strukturierte „*Boolesche*" Menge von ja- oder nein-Prädikationen. Das Geschehen ist oder es ist nicht das *Exemplar* einer definierten, also extensional scharf umgrenzten juristischen Kategorie: „vorsätzlicher Totschlag". Die indexikalisch, narrativ und implizit individuierten Sequenzen einer praktischen Situation werden „gleich-gemacht".

Bezogen auf die interaktive Ereignis-Sequenz in Teilnehmerperspektive arbeitet der Habitus feiner, weil er als implizite Regelkompetenz, mit ihrer eigenen

[35] *Kelsen* (1960).
[36] *Luhmann* (1981b); *Teubner* (1989).
[37] Vgl so auch *Habermas* (1992).

normativen Struktur, die Beteiligten mit einem Sinn für präzedenzlose Mikroaspekte der Sequenz ausstattet. Sie stellen dann als Milieu-Angehörige zB „mildernde" Umstände im Modus der prudenten Urteilskraft in nicht verallgemeinerungsfähigen Weise „fallgerecht" in Rechnung. Im Horizont der impliziten Normativität einer von vielen (aber nicht von allen) geteilten Milieupraxis kann das „Geschehen" im Modus der praktischen Gewissheit situationsadäquat behandelt werden, zB durch „fall-angemessene" Re-Indexikalisierung stereotyper sprachlicher Konzepte (wie „Zurechnungsfähigkeit", „Verantwortlichkeit" etc). Dabei ist die „Praxis" keineswegs liberaler und großzügiger als ein systematisches Strafrecht: wo der Habitus das Vorurteil, das Ressentiment, die partikularistische Voreingenommenheit, die interessegeleitete selektive Wahrnehmung pflegt (und das ist nicht der Sonderfall), dort kann das Recht, wenn es denn als externe Entlastungsressource intern *anerkannt* ist, in Form eines Generalvorbehalts die Vorgänge abbremsen, dort kann das Verfahren gegen die Lynchtendenz einspringen.

Analoges gilt für den Vertrag, erst die institutionalisierte *Differenzierung* von Sprachformen führt zu einer komplexen Arbeitsteilung zwischen normativen Ordnungen: gar nicht selbstverständlich ist zB, dass die Einigung auf bindende, wechselseitige Verpflichtung, die soziale Reziprozität des opaken Gabentausches, zB durch das Prisma der juristischen Unterscheidungen zwischen privat-rechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kommunikationsfrequenzen betrachtet werden kann. Genauso wenig selbstverständlich ist es, dass im Falle des Konfliktes, des vielleicht einseitig konstatierten Vertragsbruchs explizite Regelungen der Haftungspflichten, der Wirksamkeit von Eigentumsübertragungen und entsprechende Rechtsfolgen an die Stelle der vormals *habituell* fundierten Empörung, Bewertung und entsprechender Vergeltungswillkür treten können.[38]

Diese Formen der Konflikt-Bearbeitung sind nicht die Folge der *Substitution* der Praxis durch das Recht (als wären die beteiligten Laien im Falle der Rechtsmobilisierung plötzlich Juristen), sondern sie resultieren aus der Anlagerung eines Übersetzungsverhältnisses: nicht die Motive und Deutungshorizonte der Interaktions-Teilnehmer werden juridifiziert, sondern die Konfliktlösung geht den – zeitraubenden und auch dadurch affekt-neutralisierenden – Umweg durch eine *Übersetzungskaskade*.[39] In ihr wird der praktisch aufgelaufene Sachverhalt in die Rechtstatsache übersetzt, um vermittelt über die Konditionalisierung zwischen Fallkategorie und Rechtsfolge einen Rechtsspruch zu

[38] Zur Differenz der beteiligten Medien der Konflikt-Kommunikation: *Goody* (1981); *Vesting* (2011).
[39] *Renn* (2006) 455ff.

erzeugen, der dann wieder rückübersetzt wird in die Urteils-Einschätzung auf dem Boden des milieuspezifischen Habitus.[40]

D. Bedeutungsbruch und Differenzierung der Geltungsmodi

Die (evolutionäre Ausbildung der) Differenz der für die Koordination des Handelns konstitutiven Sprachformen schiebt also einen radikalen Bedeutungsbruch zwischen die ausdifferenzierten und kommunikativ abgegrenzten Sinnhorizonte. Heterogen sind die rechtssystemische Bestimmung der Tatsache und die praktische Individuierung und ethische (implizite) Evaluierung einer Handlungssequenz nicht nur mit Rücksicht auf den Grad der Genauigkeit (das wäre ein minderes Problem für die hierarchische oder zentralisierte normative Generalintegration). Der Unterschied ist *erheblicher*, weil die Sinnhorizonte in mehreren Dimensionen heterogen sind:

Erstens unterscheiden sich Rechtssystem und praktische normative Kontexte bezogen auf das in ihnen jeweils konstitutive Format von Sachverhalten überhaupt: explizites Wissen steht hier dem impliziten Wissen gegenüber.[41]

Zweitens divergieren die Typen von Sinnhorizonten bezogen auf ihre „inferentielle Geschlossenheit“. In Systemen herrschen Konditionalisierung und logische Hierarchie vor, während die Schlussfolgerungen in der Praxis der unscharfen Logik[42] und der „konversationalen Implikatur“ folgen. Hier sind jeweils unterschiedliche Regelfolgeformate für die Beziehung zwischen Struktur und Ereignis konstitutiv. Während sich im Rechtssystem intern ein Regime klarer Ableitungshierarchien etabliert hat, regiert im habituell integrierten sozialen Milieu die *praktische* Regelfolgekompetenz, für die zirkulären Beziehungen zwischen Regel und Fällen ihrer Anwendung charakteristisch sind.

Drittens variieren, in engem Zusammenhang mit den zuvor genannten Dimensionen, die Zeithorizonte der Ereignis-Individuierung erheblich. Der linearisotrope Zeitrahmen abstrakter und expliziter Kommunikation (Primat der „B“-Reihe, die Ereignisse in „vorher-nachher“ Relationen sowie in kausalitätsaffiner Irreversibilität, ordnet) verhält sich inkompatibel zur ekstatisch/narrativen-perspektivischen Zeitigung des praktischen und habituell koordinierten „In-der-Welt-Seins“[43], in der Formen des „Vorlaufs“ zur Zukunft,

[40] Dazu genauer: *Renn* (2006) 86ff und ausführlich: *Nell* (2018).
[41] *Polanyi* (1985). Parallel ist an die Unterscheidung zwischen „Vorhandenheit“ und „Zuhandenheit“ zu erinnern, so: *Heidegger* (1984); vgl *Renn* (2006) 268ff; *Loenhoff* (2018).
[42] *Bourdieu* (1979).
[43] *Heidegger* (1984).

der „modus futuri exacti“[44] und Vergangenheits-Revisionen die Gegenwart je spezifisch mit Sinn aufladen.

Viertens wirken sich diese Differenzen – in einer für die normative Integration besonders relevanten Hinsicht – auf den jeweils intern vorherrschenden Geltungsmodus aus: das System der Rechte baut sich normativ auf einer logischen Rechtfertigungshierarchie ohne letzten Boden auf, wobei die strukturelle Zirkularität der positiv rechtlichen Begründung der Rechtsgeltung durch Verfahrenskonformität für die Entkoppelung der rechtlichen Geltung von außerrechtlicher Moral einsteht.[45] Demgegenüber zehren habituell verankerte ethisch-praktische „Gewissheiten“ von der normativen Kraft der faktischen Sedimentierung dieses praktischen Ethos durch langfristige Routinisierung.

Die Soziologie würde überdies sechstens besonders auf die unterschiedlichen Formen des Zugriffs der Sinnhorizonte auf die Person achten: die Ausdifferenzierung systemischer Koordination des Handelns setzt die formale personale Inklusion an die Stelle der dichten Vollintegration des Individuums in den konkreten sozialen Verband, die Beziehungsformen differenzieren sich aus, so dass der Gegensatz zwischen formalisierter Rollenkomplementarität und konkreter und praktisch verankerungsbedürftiger sozialer Reziprozität für das Übersetzungsverhältnis der Person konstitutiv wird.[46]

Diese komplexe Heterogenität zwischen den Sprachen der ausdifferenzierten normativen Sinneinheiten des Handelns und der Kommunikation macht es schließlich verständlich, in welchem Sinn und warum dem zum System gewordenen Recht die *Aufgabe der normativen Desintegration* zukommt. Eine Konsequenz der Sprachen-Heterogenität besteht darin, dass die „Zielabweichung“ auf dem Weg von der rechtlichen Regelung hinein in den Kontext, der geregelt werden soll, der *Normal- und Standardfall* ist. Als eine defizitäre oder dysfunktionale Korruption erscheinen solche Abweichungen nur, wenn die Wirkungen des Rechts – wie in Teilen der etablierten Rechtstatsachenforschung immer noch – am Maßstab einer direkten „normativen Integration“ gemessen wird und diese normative Integration der rechtlichen *Direktsteuerung* von Motivstrukturen und Verhaltensweisen in externer Kontexte und dann schließlich „der“ Gesellschaft zugemutet wird. Entsprechend solcher hohen Erwartungen müsste der strukturell unumgängliche Umweg der Übersetzungen zwischen Recht und externen praktischen Handlungsräumen bzw -kontexten, auf dem notwendigerweise die Form der Regelung und ihre Bedeutung *transformiert* werden, *generell* als Implementations*defizit* gewertet werden. Dagegen

[44] *Schütz* (1974).
[45] *Kelsen* (1960).
[46] *Luhmann* (1981b); *Renn* (2016).

spricht ganz abgesehen von differenzierungstheoretisch erkennbaren Unausweichlichkeiten jedoch bereits, dass die Rückführung der Sprachheterogenität auf gesellschaftliche Sinn-Homogenität die Entdifferenzierung zwischen Recht, Ethos und Moral bedeuten würde.

Wie immer eine solche Entdifferenzierung zu bewerten wäre, auch die normative Erwartung an die normative Steuerung durch das Recht muss sich auf die gesellschaftliche Etablierung polyzentrischer und heterarchischer Verhältnisse einstellen. Dazu kann eine abschließende Überlegung zur Differenzierung von Formen der normativen Geltung beitragen:

Dass das Recht ein zentrales Interventionsinstrument bei der Durchsetzung politischer Entscheidung sein soll, scheint in normativer Perspektive auf den ersten Blick unabweisbar zu sein. Sobald aber die notwendigen Transformationen des kommunizierten Sinns auf dem Weg delegierter Implementation in Rechnung gestellt werden, fällt auf, das diese Zweckbestimmung, soziologisch betrachtet, als Gewissheit im Rahmen des *politischen* Beobachtungsschemas (also einer eigenen Übersetzung von Komplexität) gewertet wird.

Das klassische – auch in der politischen Philosophie vertretene – Programm der normativen Integration der Gesellschaft[47] rechnete jedoch den Zuwachs an Autonomie jener Zielkontexte, letztlich auch des subjektiven Sinnkontextes der individuellen Staatsbürgerin, zu den normativ ausgezeichneten Merkmalen einer gelungenen gesellschaftlichen Integration. Von *Hannah Arendt* bis *Jürgen Habermas* sympathisiert das Paradigma einer *normativen* Theorie der normativen Integration der Gesellschaft deshalb weniger mit einer hierarchischen Direktsteuerung durch Rechtsetzung plus Rechtszwang als mit der Figur der Identität zwischen den Rechtsunterworfenen und den Autoren des Rechts (nach *Hannah Arendt* kann die überpartikulare und legitime Herrschaft schließlich nur die Herrschaft des Rechts bei dessen Bindung an die kommunikative Macht des „Volkes“ sein[48]).

Angesichts der Übersetzungszwänge, die zwischen den heterogenen Kontexten normativer Handlungskoordination bestehen, ist diese Identität zwischen Rechtsautorschaft und -unterworfenheit jedoch prinzipiell. Die Umstellung von einer substanzontologischen Grundlagentheorie auf eine differenztheoretische Analyse legt es überdies nahe, dass die Autonomie der Person wie die der privaten Lebensform *ohne* eben jene Differenzierung nicht zu haben ist, die die Kunstsubstanz des „Volkes“, das sich selbst regiert, auflöst. Diese differenztheoretische Auffassung ist dabei gar nicht das Privileg der Systemtheo-

[47] *Habermas* (1992).
[48] *Arendt* (1981).

rie: sowohl die jüngsten Überlegungen *Judith Butlers* zur notwendig *exkludierenden* diskursiven Konstruktion des (souveränen) „Volkes“[49], als auch *Chantal Mouffes* Überzeugung, effektive politische Kohäsion bedürfe des „konstitutiven Anderen“[50], sind reflexionskulturelle Symptome einer fortgeschrittenen Differenzierung. Auch unabhängig von der positiven Theorie einer so genannten „Agonistik“ wird deutlich, dass *autonome* Sinnhorizonte diachron und synchron auf die *negative Konstitution* ihres Selbstentfaltungsspielraumes angewiesen sind. Sie bedürfen um der eigenen Autonomie willen einer weitreichenden Entkoppelung von Teilkontexten und dh einer fortgeschrittenen sozialen Differenzierung.

Deswegen bedeutet die Ausdifferenzierung eines Rechtssystems, im Falle balancierter Übersetzungsverhältnisse, die *Emanzipation* sowohl der rationalen normativen Ordnung des Rechts (von rechtsfremden normativen Fesseln) als auch die Emanzipation der rechtsexternen normativen Ordnungen, des Ethos der Milieus, der Moral des kulturellen Universalismus (von der ohne das Recht übermächtigen partikularistischen Tradition). Die Rückführung in die *Identität* zwischen Recht und zB Milieu-Ethos wäre deswegen nicht die Einlösung des Versprechens auf die Einheit von Rechtsautorschaft und Rechtsunterworfenheit, sondern sie programmierte den Verlust an negativ konstituierter Autonomie. Jede Annäherung an die Direktsteuerung gesellschaftlicher Kontexte durch ein autonom fungierendes und selbstreferentielles Recht – auf die eine Rechtstatsachenforschung im zitierten Sinne *ohne weitere Vorkehrungen* festgelegt zu sein scheint – liefe in diesem Sinne auf eine hierarchisierende Verrechtlichung hinaus, die den Modus der praktischen Koordination durch eine identifizierende Subsumtion situativer Handlungssequenzen unter allgemeine Formate der Rechtstatsachen ersetzen wollte. Das bedeutet nicht nur funktional gesehen eine problematische Erosion einer unverzichtbaren Koordinationsressource (Wegfall der Spezifikationskompetenz milieuspezifischen impliziten Wissens), sondern auch normativ – unter dem Gesichtspunkt der durch die multiple Differenzierung negativ konstituierten Autonomie des praktischen Ethos – eine eher problematische Alternative.

Normative Kriterien der Bewertung der gesellschaftlichen Differenzierungslage sind indessen selbst multipel differenziert. Der Auftrag der soziologischen Analyse ist deswegen nicht primär die – notwendig parteiliche – normative Stellungnahme, sondern die Analyse und die Reflexion der Folgen, die die Differenzierung heterogener normativer Ordnungen für die *Arbeitsteilung zwischen heterogenen Modi normativer Geltung* hat: Während die funktionalistische (aber auch zB die wissenssoziologische) Beobachtung der Gesellschaft die

[49] *Butler* (2017).
[50] *Mouffe* (2014).

Geltungsorientierungen einzelner normativer Ordnungen als jeweils immanente Fiktionen behandelt, stellt sich in der Perspektive einer „multiplen Differenzierung" der Zusammenhang anders dar: die (Genese der) Sprachheterogenität zwischen normativen Ordnungen bedeutet eben auch: Teilung der *Geltungsmodi* normativer Prinzipien oder Imperative. Diese Teilung trägt (historisch-evolutionär) als Verteilung auf ausdifferenzierte Teilhorizonte die Koexistenz, ja wechselseitige Ermöglichung, von *heterogenen* Modi normativer Verbindlichkeit. Die explizit gerechtfertigte Geltung expliziter, abstrakter Imperative (logisch stringente Normhierarchie) und die praktische Gewissheit performativ effektiver ethischer Orientierungen (im Modus des „taken for granted"[51]) können durch die Entzerrung kultureller Kompakttraditionen qua Differenzierung ihre Eigenlogik überhaupt erst entfalten. Die Auslagerung der systematisierenden Selbstorganisation des Rechts aus der praktischen Dimension des Ethos (und aus der noch einmal anders gelagerten, Partialmilieus übergreifenden, Ebene symbolisch abstrahierter *moralischer* Normen) entlastet und entriegelt den Fluss der Praxis zugleich: ganz im Sinne *Durkheims* genügt bei hinreichender Gewähr zB rechts-staatlicher Einsprungs-Bereitschaft im Konfliktfalle die lebensforminterne Normativität zur Kontingenzbewältigung im Milieuradius. Zugleich erlaubt es die Entlastung von der Pflicht zur Regulation *aller* möglichen Konfliktmaterien, Toleranzschwellen im praktischen Umgang mit Personen und mit „Fremden" abzusenken. Das bedeutet dann Emanzipation der Person vom Regime unduldsamer konventioneller Moral: im Verhältnis zwischen Individuum und Lebensform, jetzt – qua Differenzierung der Umgebung der Lebensform: im „Milieu", werden Freiheiten und Spielräume ermöglicht, die rekursiv das Ethos habituell konstituierter Milieus in the long run „modernisieren" können. Das Recht bleibt Umgebung (dh nur indirekt, dennoch aber durch Übersetzung erreichbare „Umwelt") des Milieus und kann seine *indirekt* regulierende Kraft in der Form einer nun wieder praktisch verankerten Ausfallbürgschaft, zB als externe Garantie für Vertragssicherheit entfalten. Das Recht „gilt" zunächst in einer rechtsinternen Form der rationalen Rechtfertigung zB qua Konsistenz der Rechtssätze und entsprechender Ableitungs- und Implikationsbeziehungen, seine Geltung im Modus propositionaler Begründbarkeit wird allerdings im Übergang über die Sinngrenze zu praktischen Horizonten (performativen Kulturen) in die dort verankerte praktische Gewissheit übersetzt, die – sobald sie dort reflexiv artikuliert werden muss, die Form eines stereotypisierten Rechts-Vertrauens annehmen kann. In Gegenrichtung kann das Recht im Falle der Rechtsanwendung (zB im auf den Einzelfall bezogenen Urteil, aber auch bei der exoreferentiell orientierten Rechtsfortbildung) auf die Rück-Transformation *extern*

---

[51] Nach *Schütz* (1974).

(milieubezogen) bereit gestellter praktisch gewisser Angemessenheitsurteile in rechtsintern gültige „Fall-Gerechtigkeit“ setzen.

Das Recht also „gilt“ auf zweifache Weise: *intern* (auf sich selbst bezogen) beruht die Kraft der Rechtsnorm auf der rechtsimmanenten Konsistenz von in Ableitungsstufen, Geltungsräumen und Rechtsgebieten eingeteilten und zB durch „Rechts-Kollisionsnormen“ organisierten Rechtssätzen und -prinzipien. Und dabei beruht diese Geltung, abgesehen von der Konsistenzforderung, letztinstanzlich und reflexiv auf der rein rechtseigenen und nur rechtsintern definierten und überwachten Rechtsförmigkeit der Rechtssetzung- und -abwandlung. Das Recht sagt, was zu Recht Recht ist. Andererseits „gilt“ das Recht in einer anderen Modalität von „Geltung“ in den rechts*externen* Kontexten normativer „Selbst-Integration“, in den performativen „Differenzierungskulturen“ nach übersetzender Umformung des einzelnen Rechtssatzes und der gesamten Rechts-Geltungs-Modalität in ein exoreferentiell gerichtetes „Translat“ im Modus der *praktischen Gewissheit*.[52] Auf der Grundlage dieser (übersetzten) Gewissheit kann die Lebensform (das Milieu) dann wiederum dem Recht – eigentlich sachfremd, praktisch aber mit günstigen Folgen – das Mandat der Garantien für Gerechtigkeit und Nachachtung des jeweils milieuspezifischen Ethos zuschreiben. Auf diese Weise kann das *permanente* Übersetzungsverhältnis innerhalb des praktischen Horizontes eines Milieus dezentrierende Umbauten nachhaltig anregen. Eine solche Dezentrierung wäre zB die Etablierung eines – hier nun ethisch aufgeladenen – Überparteilichkeitsvorbehaltes im Konfliktfalle. Ein weiteres Beispiel ist der Einbau von praktisch übersetzten, aber *allgemeinen* subjektiven Rechten,[53] wobei die Übersetzung in den rechtsexternen Kontext aus diesen Rechten eine *praktisch* verankerte Ressource zur Anerkennung individueller Kontingenz und Autonomie macht. All diese Effekte wären buchstäblich verhindert, würde das Recht tatsächlich „die“ Gesellschaft normativ *steuern*, so dass die Teilung der Geltung insofern eine *Verdoppelung* der Geltung impliziert, als das Übersetzungsverhältnis zwischen Recht und Ethos beiden Seiten Freiheiten gibt, die beide Seiten zur wechselseitigen Unterstützung interner Ausbauten normativer Autonomie nutzen können (wohlgemerkt können, denn faktisch bleiben die Grenzziehungen zwischen Sinnhorizonten umkämpft und prekär).

Im Zuge eines re-entry der Differenz zwischen den Geltungsmodi hinterlässt dieses Übersetzungsverhältnis seine Spuren im jeweils internen normativen Haushalt des Rechts und der performativen „Differenzierungskulturen“: die Translate des Rechts werden im Milieu, und die Translate der normativen Horizonte performativer Kulturen werden im Recht zu Kontingenzformeln (so

[52] Vgl dazu auch *Renn* (2017).
[53] *Luhmann* (1981b).

heißt es bei *Luhmann*, wenn auch auf anderer Basis): das Recht weiß um die Zumutung, externen normativen Horizonten gegenüber Resonanz zu zeigen. Und es ist deshalb gehalten, das Übersetzungsverhältnis zwischen codiert kommunikabler Legalität und praktisch ausgelegter „Gerechtigkeit" wenigstens am Laufen zu halten (also zB Generalklauseln in das Spiel einer Auslegung einzubringen, an dem nicht nur die Jurisprudenz, sondern auch die „Öffentlichkeit" beteiligt ist). Praktisch integrierte kulturelle Milieus wissen ihrerseits um die Provinzialität ihrer normativen Gewissheiten und sind spätestens mit der Anerkennung, dass sie sich in gesellschaftlichen Übersetzungsverhältnissen bewegen, angehalten, nicht nur dezentrierende Rechtstranslate einzubauen, sondern eine praktische Gewissheit zweiter Ordnung auszubilden: man muss implizit wissen können, wann die Mobilisierung des Rechts im Sinne der Ausfallbürgschaft im Konfliktfalle ihrerseits ethisch angemessen ist: ab wann bin ich bereit, innerhalb von Verhältnissen konkreter sozialer Reziprozität die Staatsanwaltschaft oder den Familienrichter einzuschalten.

Die Integration „der" Welt-Gesellschaft ist in einer polyzentrischen Konstellation eine Integration *zweiter Ordnung*, eine Integration von ausdifferenzierten Integrationskontexten, die sich selbst integrieren, dabei eine negativ konstituierte Autonomie entfalten und ihre eigene normative Selbstbezüglichkeit relativ entlastet ausbauen können: nur die *Unterbrechung* der normativen Direktsteuerung erlaubt es das Nullsummenspiel zwischen Stabilität und Flexibilität in ein Verhältnis wechselseitiger Steigerung zu überführen. So gesehen lebt die Festigkeit der normativen Infrastruktur moderner Gesellschaft, die Arbeitsteilung zwischen Recht, Moral, Ethos und Gewohnheitsrecht davon, dass alles was jeweils intern *sedimentiert* ist, im Zuge der Übersetzung wieder *verflüssigt* werden muss.

Literatur

Arendt 1981: Macht und Gewalt (1981).

Berman 1991: Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition (1991).

Bora 2003 Recht und Politik. Krisen der Politik und die Leistungsfähigkeit des Rechts", Der Begriff des Politischen, Soziale Welt, Sonderheft 14/2003, 212ff.

Bourdieu 1979: Entwurf einer Theorie der Praxis (1979).

Brandom 1994: Making it Explicit (1994).

Burg 1994: Verwaltung in der Modernisierung. Französische und preußische Regionalverwaltung vom Ancien Régime zum Revolutionszeitalter (1994).

Butler 2017: Anmerkungen zu einer performativen Theorie der Versammlung (2017).

Derlien/Szablowski (Hg) 1993: Regime Transitions, Elites, and Bureaucracies in Eastern Europe, Special Issue Governance, 1993/3, 304-324.

Durkheim 1997: Über die Teilung der sozialen Arbeit (1997).

Gebhart 1993: Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne (1993).

Goody 1981: Literalität in traditionalen Gesellschaften (1981).

Günzl 2019: Subsumtionsautomaten und -maschinen, Juristen Zeitung 2019/4, 180-188.

Habermas 1981: Theorie des kommunikativen Handelns II (1981).

Habermas 1992: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates (1992).

Habermas 1999: Wahrheit und Rechtfertigung (1999).

Heidegegger 1984: Sein und Zeit (1984).

Kelsen 1960: Reine Rechtslehre (1960).

Kieserling 2004: Selbstbeschreibung und Fremdbeschreibung (2004).

Künne 2007: Abstrakte Gegenstände (2007).

Landwehr 2000: Die Implementation frühneuzeitlicher Policeyordnungen in Leonberg, https://pure.mpg.de/pubman/faces/ViewItemOverviewPage.jsp?itemId=item_909146 (30.4.2019).

Loenhoff 2019: „Von der Auslegung des Sprechens zur vergessenen Soziologie der Sprache. Heideggers Hermeneutik der Faktizität und ihr Beitrag zur sprach- und kommunikationstheoretischen Reflexion", in: Tasheva/Weiß (Hg) Existenzialanalytik und Soziologie (2019) in Druck.

Luhmann 1981a: Ausdifferenzierung des Rechts (1981).

Luhmann 1981b: Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: Luhmann (Hg) Gesellschaftsstruktur und Semantik, Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft II (1981) 45-104.

Luhmann 1997: Die Gesellschaft der Gesellschaft II (1997).

Lyotard 1989: Der Widerstreit (1989).

Mölders 2018: Recht und Macht. Talking the Law into Co-Evolution. Übersetzungsanregungen in den Medien der Interaktion und der Publizität, Zeitschrift für Theoretische Soziologie, 2018/1, 4-25.

Mouffe 2014: Agonistik. Die Welt politisch denken (2014).

Nell 2018: Die multiple Differenzierung des Rechts – eine pragmatisch-gesellschaftstheoretische Perspektive auf den globalen Rechtspluralismus, Manuskript (Dissertationsschrift) Münster, Manuskript (2018).

Parsons 1951: The Social System (1951).

Parsons 1964: „Evolutionary Universals in Society", American Sociological Review 1964/29, 339-357.

Polanyi 1985: Implizites Wissen (1985).

Putnam 1990: Vernunft, Wahrheit und Geschichte (1990).

Renn 2006: Übersetzungsverhältnisse – Perspektiven einer pragmatistischen Gesellschaftstheorie (2006).

Renn 2014: Performative Kultur und Multiple Differenzierung, Soziologische Übersetzung I (2014).

Renn 2016: Selbstentfaltung – das Formen der Person und die Ausdifferenzierung des Subjektiven. Soziologische Übersetzungen II (2016).

Renn 2017: Kontingenzverteilung – Modernisierung als riskante Um-Differenzierung, in: Brakensiek/Marx/Scheller (Hg) Wagnisse – Risiken eingehen, Risiken analysieren – von Risiken erzählen (2017) 195ff.

Schneider 1999: Offene Grenzen, zerfaserte Ränder. Über Arten der Beziehung zwischen Sprachspielen, in: Lütterfelds (Hg) Der Konflikt der Lebensformen in Wittgensteins Philosophie der Sprachen (1999) 156-171.

Schütz 1974: Der sinnhafte Aufbau der sozialen Welt (1974).

Stolleis 1990: Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts (1990).

Teubner 1989: Recht als autopietisches System (1989).

Vesting 2011: Die Medien des Rechts: Sprache (2011).

Wittgenstein 1969: On Certainty, Über Gewißheit (1969).

Wunder 1986: Geschichte der Bürokratie in Deutschland (1986).

Univ.-Prof. Dr. Joachim Renn
Professur für Theoriebildung mit dem Schwerpunkt soziale Kohäsion
Institut für Soziologie, Universität Münster
Scharnhorststraße 121
D-48151 Münster
Telefon: 0049 251 83-29431
j.renn@uni-muenster.de

Michael Ganner

Ökonomie und Ethik im Gesundheitswesen

Ressourcenverteilung im Spannungsverhältnis von Spitzenmedizin und sozialer Gerechtigkeit

A. Einleitung

Das österreichische Gesundheitssystem – das Gleiche gilt freilich auch für alle anderen – ist scheinbar ständig an seinen finanziellen Grenzen. Geplante Einsparungen sind daher laufend auf der politischen Agenda und „Horrorszenarien“ á la „Experten warnen vor einem Kollaps des Gesundheitssystems“[1] und „Keine Hüftgelenke für die ganz Alten“[2] prägen die Medien.

Diese Diskussion und die Thematik der Knappheit von Ressourcen im Gesundheitswesen sind aber nicht neu. Im Gegenteil, sie waren früher, als der Wohlstand allgemein geringer und der Stand der medizinisch-technische Wissenschaften weniger weit fortgeschritten war als heute, viel stärker ausgeprägt. Schon die Versorgung war abseits der Krankenhausstandorte mangels schneller Transportmittel wesentlich schlechter. Jetzt wird man innerhalb kurzer Zeit vom abgelegensten Ort per Hubschrauber in ein Krankenhaus gebracht und dort mehrsprachig und auf qualitativ hohem Niveau versorgt.

Das Dilemma der Verteilungsgerechtigkeit – sollen die Mittel in die Spitzenmedizin, die Grundlagenwissenschaften, in die Versorgung von jungen oder alten Menschen, von „Leistungsträgern“ oder „Sozialhilfeempfängern“ fließen – bleibt jedenfalls auch bei immer größer werdenden, aber naturgemäß immer auch begrenzten Ressourcen bestehen.

Die von *Mazal* in diesem Zusammenhang bereits 1998 getätigte Aussage – „Wir leben in einer Zeit, in der Königin Ökonomie das Zepter schwingt.“ – bleibt also dauerhaft zutreffend.[3]

---

[1] *WAZ* vom 3.5.2012; https://www.waz.de/politik/neuer-streit-um-hueft-operationen-bei-senioren-id6620048.html (27.2.2019).
[2] *Der Tagesspiegel* vom 3.8.2003; https://www.tagesspiegel.de/politik/keine-hueftgelenke-fuer-die-ganz-alten/436080.html (27.2.2019).
[3] *Mazal* (1998) 28.

B. Kostentreiber

Verschärft wird die Thematik durch die tw Kostenexplosion in der Spitzenmedizin: Seit 2014 ist bspw Hepatitis-C durch ein neues Medikament heilbar. Eine Tablette kostet aber € 700 und mind drei Monate lang muss täglich eine Tablette eingenommen werden: macht also mehr als € 60.000 pro Fall.

Auch mit dem zunehmenden Alter steigen die Gesundheitskosten pro Kopf. Sie betragen bei 30-44jährigen Personen ca € 1.700 und bei über 85jährigen rund € 15.000 pro Jahr.[4] Der Großteil der hohen Kosten im Alter fällt aber im Sterbeprozess an. „Das Sterben ist teuer geworden, nicht so sehr das Alter“.[5] Bei den „normalen“ Behandlungskosten liegen die über 85jährigen mit € 3.850 pro Jahr sogar knapp hinter den 45-60jährigen (€ 3.980) und nicht sehr weit vor den 15-29jährigen (€ 2.790).[6] Die Bevölkerungsentwicklung, konkret die kontinuierlich steigende Lebenserwartung und der rasche Anstieg des Anteils älterer Menschen an der Gesamtbevölkerung, führt allerdings zu einer Vervielfachung des generell höheren Kostenaufwandes.

Dabei handelt es sich um kaum beeinflussbare Faktoren bzw um solche, die grundsätzlich erfreulich sind, sodass deren Vermeidung nicht das Ziel einer positiven Entwicklung sein kann. Es gibt aber durchaus auch andere Faktoren, die hohe Kosten verursachen, ohne die Qualität der Gesundheitsversorgung zu verbessern. Dazu gehören insb die medizinische Überdiagnostik, Verrechtlichungstendenzen und steigende Patientenansprüche, die iVm Haftungsängsten tw dazu führen, dass nicht nur das Patientenwohl und seine effizienteste Behandlung im Mittelpunkt stehen, sondern auch Organisationsdefizite und Eigeninteressen – zB haftungsrechtliche Absicherung oder medizinische Forschung – negative Auswirkungen entfalten.[7]

C. Rationalisierung und Rationierung

1. Allgemeines

Das bestehende Spannungsverhältnis zwischen den Ansprüchen der Patienten und den ökonomischen Rahmenbedingungen bedarf einer den gesellschaftlichen Werten entsprechenden Lösung.[8] Welche sind aber die in diesem Zusammenhang gesellschaftlich relevanten Werte? Wahrung der Menschenwür-

---

[4] *Nöthen* (2011) 665f.
[5] *Höpflinger* (1997) 198.
[6] *Nöthen* (2011) 668.
[7] Vgl *Luf* (1998) 60.
[8] Vgl *Kopetzki* (1998) 10.

de, Gleichbehandlung und Gerechtigkeit im Allgemeinen scheinen hier prima vista unbestreitbar zu sein. In der konkreten Umsetzung sind diesbezüglich aber leicht gewisse Defizite im System feststellbar („Zweiklassenmedizin"); dazu mehr unten.

Generell stellt sich auf der Makroebene die Frage nach dem Verhältnis von „freiem Markt" und staatlicher Regulierung. Die europäischen Modelle haben sich, zB im Vergleich zu den USA, für mehr staatliche Regulierung entschieden,[9] wobei auch zwischen den europäischen Staaten beträchtliche Unterschiede bestehen. Das deutsche Gesundheitssystem ist zB wesentlich marktliberaler als das österreichische. Das gilt im Sozialversicherungsrecht (Privatversicherte und Pflichtversicherte) ebenso wie beim freien Zugang zum Apothekenmarkt.[10]

Unabhängig davon ist das Ziel unbestritten das für einen Staat leistbare Maximum an Gesundheitsversorgung in qualitativer und quantitativer Hinsicht. Fast alle Staaten der Welt haben sich in internationalen Verträgen dazu verpflichtet. Art 12 des UN-Sozialpaktes (1966) besagt etwa: „Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit an." Aus dieser Bestimmung sowie weiteren (Art 25 EMRK, Art 25 UN-Behindertenrechtskonvention) iVm den verschiedenen grundrechtlichen Positionen (Würde, Autonomie, Freiheit) ergibt sich in Summe jedenfalls ein Anspruch gegenüber dem Staat auf medizinische Versorgung „state of the art", auch wenn es sich dabei idR nicht um einen subjektiv einklagbaren Anspruch handelt. Begrenzt ist dieser Anspruch freilich durch die staatlichen Ressourcen und die politischen Weichenstellungen.

2. Rationalisierung

Primäres Mittel der Ressourcenallokation ist die Rationalisierung, also die Reduktion unnötiger Aufwendungen und die Effizienzsteigerung ohne Qualitätsverlust („Rationalisierung vor Rationierung", "*efficiency first*"). Die Notwendigkeit und Möglichkeit, bestehende wirtschaftliche Reserven auszuschöpfen, ist unbestritten. In Österreich geht man von einem Einsparungspotenzial von

[9] Die Gesundheitsausgaben betragen in Österreich knapp über 10 % des BIP und in den USA knapp über 17 %.

[10] Der dt BVerfG entschied schon 1958, dass ein Bedarfsprüfungsverfahren für öffentliche Apotheken ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit sei (BVerfGE (1958) Nr 46, 377), während der ö VfGH noch 1998 (VfSlg 15.103/1998) die gegenteilige Ansicht vertrat und damit bis heute die österreichische Rechtslage bestimmte.

fünf Milliarden Euro oder von bis zu 2 % des Bruttoinlandsprodukts jährlich aus.[11]

Effizienzsteigerungsmaßnahmen sind aber nicht automatisch ethisch unbedenklich, denn dahinter verbergen sich oft auch Qualitätsverschlechterungen oder implizite Rationierungsmaßnahmen. Zudem wird bei der Rationalisierung oft nur ein Teil des Leistungsspektrums bewertet, wodurch allenfalls subjektive Bedürfnisse und soziale Aspekte vernachlässigt werden. Wenn also zB die Zeit des stationären Aufenthalts in der Krankenanstalt durch Rationalisierungsmaßnahmen verkürzt wird, führt das zwar zu Einsparungen im Gesundheitswesen, die Nachsorge und persönliche Betreuung im Anschluss an den Krankenhausaufenthalt wird zumindest tw auf Personen und Institutionen außerhalb des Gesundheitssystems übertragen. Ähnliches gilt, wenn die Behandlungszeit beim Arzt verkürzt wird: die medizinisch-technische Qualität mag dennoch gewährleistet sein, die soziale Betreuung von oft alten und alleinstehenden Menschen in Form eines umfassenden persönlichen Gesprächs wird dadurch eventuell schlechter.

Es bedarf also einer ganzheitlichen und umfassenden Bewertung von Maßnahmen zur Effizienzsteigerung, um feststellen zu können, ob es sich ausschließlich um eine Rationalisierung oder doch auch um eine Rationierung, also um eine Reduktion notwendiger oder zumindest sinnvoller Maßnahmen, handelt.

3. Rationierung

Bloße Rationalisierung reicht nicht aus, um die Gesundheitssysteme zukunftsfähig und leistbar zu halten. Es bedarf daher immer wieder auch der Rationierung von Leistungen, also der Einschränkung nach Ausmaß und Qualität, um in anderen Bereichen neue Entwicklungen, die fast immer auch mit Mehrkosten verbunden sind, zu ermöglichen.

Eine Leistungsbeschränkung aus Kostengründen ist dann ethisch vertretbar, wenn eine angemessene Basisversorgung nicht unterschritten wird. Diese angemessene Basisversorgung muss dabei auch den privaten Markt für Gesundheitsversorgung mitberücksichtigen. Privater Zukauf von Versorgungsleistungen ist aber grundsätzlich legitim und entspricht auch dem Autonomieprinzip. Die Ausgestaltung des Zugangs zu den jeweiligen Leistungen muss aber diskriminierungsfrei sein.

[11] *Der Standard* vom 9.12.2015, „Rechnungshof: Fast fünf Milliarden Euro durch Abbau von Spitalsbetten möglich."; *Die Presse* vom 11.11.2011.

Um Rationierungen ethisch rechtfertigen zu können, braucht es ein transparentes Verfahren zur Bestimmung von konkreten Maßnahmen. Es bedarf also der Festsetzung von Prioritäten auf einer abstrakten Ebene. Diese muss einer Rationierung vorausgehen, um zu verhindern, dass die Rationierungsmaßnahmen Gesundheitsleistungen betreffen, die für die Allgemeinheit von großer Bedeutung sind.

Neben formalen Kriterien, welche die Bedingungen eines fairen Verfahrens zur Leistungsbegrenzung sicherstellen (prozedurale Kriterien, diskursethische Begründung), sind drei materielle Verteilungskriterien anerkannt:[12] 1. die medizinische Bedürftigkeit, 2. der erwartete Nutzen und 3. das Kosten-Nutzen-Verhältnis. Die ethische Herausforderung besteht hierbei allerdings in der Gewichtung der drei Kriterien auf der jeweiligen Allokationsebene. Aus ethischer Sicht ist gerade die medizinische Bedürftigkeit nicht nur nach dem Schweregrad der Erkrankung und der Dringlichkeit der Behandlung, sondern va nach dem Ausmaß individueller Vulnerabilität zu beurteilen.

Die auf dieser Basis gebildeten Priorisierungen sind aber einer ständigen Entwicklung und Anpassung unterworfen, welche vom medizinischen Fortschritt, den gesellschaftlichen Bedürfnissen und allenfalls auch von den politischen Prozessen bestimmt werden.

Einen wichtigen Aspekt stellt dabei auch die Patientenautonomie dar, die in diesen Prozessen regelmäßig wenig beachtet wird. Es wird von den Bedürfnissen eines Durchschnittspatienten ausgegangen und – oft aus medizinischer Sicht – dessen Wohl angestrebt. Dabei kommen davon abweichende Bedürfnisse oder solche von Minderheiten (zB Zeugen Jehovas; Menschen mit psychischen Krankheiten) häufig zu kurz, weil der Fokus auf das medizinisch Machbare und nicht auf die Person des Patienten in seiner Gesamtheit gerichtet ist.

Daneben wird auf der individuellen Ebene oft auch die Thematik der gesundheitsrelevanten „Eigenverantwortung“ diskutiert, indem immer wieder gefordert wird, dass risikoreiche Tätigkeiten, die dem bestehenden Wirtschaftssystem keine unmittelbaren Vorteile bringen – gemeint ist also Risikosport und ungesunde Lebensweise (Rauchen, Alkohol); langes Sitzen im Büro und dadurch verursachte Bandscheibenvorfälle und Herzinfarkte werden in solchen Diskussionen nie genannt –, durch zusätzliche private Versicherungen gedeckt werden sollten, weil es der Allgemeinheit nicht zumutbar sei, auch die Kosten für solches „nutzloses“ Verhalten zu tragen. Dabei handelt es sich um stark vom Utilitarismus geprägte Argumente, die in mehrfacher Weise das in

[12] Vgl *Marckmann* (2007) 96.

der Medizinethik verankerte Autonomieprinzip verletzen. Die Differenzierung von wertvollen und unnützen Verhaltensweisen und die damit verbundene Konsequenz der unterschiedlichen Ansprüche widerspricht dem individuellen Recht auf die Gestaltung der eigenen Lebensverhältnisse nach den eigenen Vorstellungen (Art 8 EMRK), welches generell eine wesentliche Grundlage der Demokratie darstellt.[13]

D. Verteilungsgerechtigkeit

Für die gerechte Verteilung knapper Ressourcen bedarf es allgemein anerkannter und im Vorhinein festgelegter Kriterien. Ein wesentliches – auch von der Rechtsordnung vorgegebenes – Prinzip ist der Gleichheitsgrundsatz, also die Gleichbehandlung der Personen bei Vorliegen der gleichen Voraussetzungen und die unterschiedliche Behandlung, wenn die Voraussetzungen dementsprechend differieren. Die Gleichbehandlung ist also nur dann gerecht, wenn die individuellen Bedürfnisse ausreichend beachtet werden. Um das gewährleisten zu können, muss ein Verfahren installiert werden, welches die Beteiligung betroffener Personen(gruppen) bei der Auswahl der Rationierungsmaßnahmen im Allgemeinen sowie die Einbindung der Einzelpersonen im konkreten Fall ermöglicht.

Rationierungsmaßnahmen sollten also in einem transparenten und partizipativen Verfahren festgelegt werden, wobei die vorgeschlagenen Leistungsbegrenzungen angemessen zu begründen sind.

Generell erscheinen aus der Gerechtigkeitsperspektive gesellschaftsvertragliche Zugänge als beste Möglichkeit, die Verteilung der Ressourcen zu steuern.[14] Dies ist insb bei der Besetzung von Gremien zu beachten, die Rationierungsmaßnahmen bestimmen sollen. Der Gemeinsame Bundesausschuss in Deutschland sowie der NICE Citizens Council in Großbritannien zeigen Ansätze einer solchen Partizipation.[15] Beide sind zuständig, Leistungsrichtlinien im Gesundheitswesen festzulegen und über die konkreten Leistungsansprüche zu entscheiden. Beim NICE Citizens Council handelt sich um einen Bürgerrat, der vom National Institute for Health and Clinical Excellence (NICE) einberufen wurde. Er besteht vorwiegend aus medizinischen Laien, um die Bevölkerung in ihrer gesellschaftlichen Struktur zu repräsentieren. Damit sind

[13] *Bobbio*, (1999) 54: „Der Individualismus bildet die philosophische Basis der Demokratie."
[14] Vgl *Rawls* (1979) 166.
[15] *Groß/Schäfer/Westermann* (2010) 133.

nicht nur medizinische Aspekte entscheidungsrelevant, sondern auch allgemeingesellschaftliche und soziale.[16]

Transparenz ist ein wesentlicher Aspekt solcher Entscheidungsprozesse in einer demokratischen Gesellschaft, damit die Verteilung medizinischer Leistungen nicht als (ärztliche) Willkür erscheint und von der Allgemeinheit mitgetragen wird. Entscheidungen müssen also öffentlich nachvollziehbar sein. Voraussetzung dafür ist auch umfassende Kostentransparenz im Gesundheitswesen, etwas, das nach wie vor in weiten Bereichen fehlt.

Bei der Entscheidungsfindung in solchen Gremien besteht jedoch die Gefahr, dass (radikal-)utilitaristische Vorstellungen in den Vordergrund treten. Wenn nur der größte Nutzen für die Allgemeinheit bestimmend ist, führt das zur Negierung individueller Bedürfnisse und in der Folge zur Diskriminierung von Minoritäten, im Gesundheitswesen va von Personen, die an seltenen oder chronischen Krankheiten leiden. Direkte Rationierungsmaßnahmen bezogen auf bestimmte Personengruppen (Senioren, Raucher etc) sind daher immer problematisch.

E. Ökonomiegebot

Öffentliche Ressourcen sind immer – im Interesse der Allgemeinheit – zweckmäßig und effizient einzusetzen. Das gilt selbstverständlich auch im Gesundheitswesen. Ausfluss dieses Grundsatzes ist in Österreich § 133 Abs 2 ASVG, wonach die Krankenbehandlung ausreichend und zweckmäßig sein muss, jedoch das Maß des Notwendigen nicht überschreiten darf. Diese Bestimmung wird durch die auf § 31 Abs 5 Z 10 ASVG gestützte Verordnungen des Hauptverbands der österreichischen Sozialversicherungsträger konkretisiert, nämlich die RöK 2005 (Richtlinien ökonomischer Krankenbehandlung) sowie die RöV (Richtlinien über die ökonomische Verschreibweise von Heilmitteln und Heilbehelfen), wobei für beide gilt, dass sie sowohl an die Krankenversicherungsträger als auch an die Kassenärzte gerichtet sind.

Daraus ergibt sich ein Spannungsfeld zwischen Therapiefreiheit des Arztes – ihm steht es zu, aufgrund seiner Fachkompetenz die Behandlungsmethode (mit Zustimmung des Patienten) frei zu wählen –, Anspruch des Patienten auf Kostenübernahme durch die Krankenkasse, welcher auf jene Methoden beschränkt ist, die dem Prinzip der Notwendigkeit entsprechen, innerhalb dieser aber möglichst kostengünstig sind.

[16] S https://www.nice.org.uk/get-involved/citizens-council (7.3.2019).

Das Ökonomiegebot richtet sich nicht unmittelbar an den behandelnden Arzt, sondern beschränkt nur die Verpflichtung zur Kostenübernahme des Krankenversicherungsträgers. Mittelbar betrifft das Ökonomiegebot aber auch den behandelnden Arzt, weil er den Patienten über die Kosten der Behandlung aufklären muss und die Kostenübernahme durch die Krankenversicherung dabei ein zentraler Aspekt ist.

Dennoch bleibt für den Arzt idR ein gewisser therapeutischer Spielraum bestehen. Ein Rückersatzanspruch des Krankenversicherungsträgers gegenüber dem einzelnen Kassenarzt setzt jedenfalls voraus, dass erbrachte Leistungen überflüssig oder jedenfalls deutlich überschießend und für den Behandlungserfolg nicht notwendig und damit ungerechtfertigt waren. Das Ökonomiegebot dient primär der Missbrauchskontrolle und nicht der Rationierung.[17]

Zudem ist das Ökonomiegebot als einfachgesetzliche Bestimmung verfassungs- und grundrechtskonform zu interpretieren. Ein Eingriff in absolute Grundrechte wie Recht auf Leben und Menschenwürde ist daher aus ökonomischen Gründen keinesfalls zulässig und bei Eingriffen in alle anderen Grundrechte (Autonomie, Freiheit) bedarf es einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im konkreten Fall. In diesem Zusammenhang wurde von den Gerichten wiederholt festgestellt, dass zB Personalmangel, Überlastung des Personals sowie die Sicherstellung eines störungsfreien Anstaltsbetriebes keine Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG) oder Unterbringungsgesetz (UbG) rechtfertigen. Unabhängig von den tatsächlichen Ressourcen muss also so viel qualifiziertes Personal vorhanden sein, um den Aufgaben ohne derartige Eingriffe in die Grundrechte nachzukommen.[18]

Im Rahmen der vom Ökonomiegebot geforderten Wirtschaftlichkeitsprüfung geht die ständige Rsp von einem generellen Vorrang schulmedizinischer Behandlungen vor Außenseitermethoden aus, was dazu führt, dass eine Kostenübernahme der Krankenversicherung für Außenseitermethoden nur in Ausnahmefällen erfolgt.[19] Aber auch die Anwendung einer Außenseitermethode, also einer von der Wissenschaft (noch) nicht anerkannten Behandlungsmethode, ist als Krankenbehandlung zu qualifizieren, wenn sie auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruht.[20]

---

[17] Vgl *Harrer* (1998) 48.
[18] *Ganner* (2018); vgl auch *Strickmann* (2012) 145; LG Salzburg 28.11.2005, 21 R 539/05v; LG Wels 14.9.2005, 21 R 26/05b, RIS-Justiz RS0075836.
[19] Vgl *Burger/Mair/Wachter* (2017) 106.
[20] OGH 7.6.2016, 10 ObS 57/16d, ARD 6519/14/2016 = DRdA-infas 2016/195, 304 = RdM-LS 2016/101, 315 = ZfG 2016, 124; RIS-Justiz RS0117777.

Das Ökonomiegebot spielt in der österreichischen Rechtspraxis fast keine Rolle. In der medizinischen Praxis, also va im Krankenhausbetrieb, dürfte das ganz anders sein. Die Rsp dazu beschäftigt sich fast ausschließlich mit den Kosten für Prothesen, wobei auf die individuelle Lebenssituation des Patienten abgestellt wird. Im konkreten Fall sei daher „die vorhandene C-Leg-Knieprothese [Kosten: € 36.498] unter Berücksichtigung der individuellen persönlichen und beruflichen Verhältnisse des Klägers geeignet, weil sie ihm nicht nur ermögliche, seinem Beruf nachzugehen, sondern ihn auch in die Lage versetze, in seiner Freizeit weiterhin Sport zu betreiben (Radfahren, Tennis, Laufen etc). Wenngleich die – weitaus teurere – Oberschenkelprothese mit dem Genium-Kniegelenk [Kosten: € 61.054] unbestritten Vorteile habe (insbesondere eine Erleichterung von Bewegungsabläufen und ein gänzlich unauffälliges Gangbild), sei eine solche prothetische Versorgung für den Kläger objektiv und auch subjektiv nicht erforderlich“ und daher auch nicht von der Krankenversicherung zu bezahlen.[21] Vergleichbares gilt für die teure „Michelangelo-Hand“ (Kosten: € 69.492) im Vergleich zur schlechteren „Sensor-Hand Speed“ (Kosten: € 26.572),[22] wobei aber die neuere Rsp bei der „Michelangelo-Hand“ vom heutigen Stand der Technik in der Handprothetik ausgeht.[23] Die Ansicht des OGH hat sich hier also zwischen Juni 2017 und März 2018 geändert.

F. Prinzipien der Gesundheitspolitik

Aus der Selbstbestimmung folgert *Kant* die Idee der Würde des Menschen, der keinen (Markt)Preis und kein äquivalentes Gegenstück haben kann. Dennoch wird in verschiedenen Studien immer wieder einmal der „Wert eines Menschenlebens“ beziffert. Ein Ökonom hat dabei den durchschnittlichen Wert eines Menschenlebens in Deutschland berechnet. Er beträgt € 1,65 Millionen. Ein Männerleben hat aber einen höheren Wert (€ 1,72 Millionen) als ein Frauenleben (€ 1,43 Millionen).[24] Und von radikalen Utilitaristen wird die Ansicht vertreten, Menschen hätten eine „natural life span“.[25] Das sei eine Zeitspanne für ein „erfülltes Leben“, welche mit zirka 80 Jahren ende. Danach bestünde nur noch ein Anspruch auf möglichst effiziente Leidensmilderung. Das primäre Ziel einer Gesellschaft müsse es sein, den Jungen die Chance zu geben,

[21] OGH 24.1.2017, 10 ObS 161/16y, ARD 6546/16/2017 = SSV-NF 31/4.

[22] OGH 13.6.2017, 10 ObS 43/17x, ARD 6557/12/2017= JAS 2018,284 (*Müller*) = SSV-NF 31/35.

[23] OGH 14.3.2018, 10 ObS 143/17b, ARD 6606/14/2018.

[24] *Spengler* (2004) 269.

[25] *Callahan* (1995).

alt werden zu können. Das habe Vorrang gegenüber dem Ziel, „das Leben alter Menschen unter großen Kosten zu verlängern".

Diese utilitaristischen Vorstellungen, die allein den größten Nutzen für die Gemeinschaft in den Vordergrund stellen, entsprechen aber in keiner Weise den anerkannten Prinzipien in der Medizin. Aus rechtlicher Sicht gehört dazu die Menschenwürde und die dieser immanenten Autonomie. Diese bildet durch die Möglichkeit der Entfaltung der eigenen Persönlichkeit nach individuellen Vorstellungen, ohne sich gegenüber Dritten, der Allgemeinheit oder auch dem Staat rechtfertigen zu müssen, eine wesentliche Grundlage der Menschenwürde.

In der Medizinethik sind die vier Prinzipien von *Beauchamp* und *Childress* – Respect for Autonomy, Nonmaleficience, Beneficience und Justice – anerkannt. Sie sollten auch bei der Verteilung von Ressourcen eine zentrale Rolle spielen. Dabei kommen die Prinzipien nicht mehr bloß bei der Entscheidungsfindung für einzelne Patienten zur Anwendung, sondern auch bei der generellen Rationalisierung und Rationierung im Gesundheitswesen.

Wie kann das konkret funktionieren?

(1) *Recht auf Selbstbestimmung* (Respect for Autonomy) heißt nicht, dass der Patient sich alles wünschen kann, was er will und dies auch bekommt, sondern dass bei erforderlicher Ressourcenbeschränkung nach Möglichkeit der Patientenwille berücksichtigt wird. Allenfalls soll dem Patienten selbst ein Handlungsspielraum verbleiben, innerhalb dessen er sich verschiedene Alternativen selbst aussuchen kann; zB Pflege zu Hause anstatt in einem Heim, dafür nimmt er aber schlechtere Qualität (weniger und schlechter qualifiziertes Personal) in Kauf. Zusätzlich ist hierbei auch der Wille der Patientengemeinschaft zu beachten. Die schon oben angeführte Partizipation der Zivilgesellschaft steht im Mittelpunkt.

(2) *Schädliche Eingriffe* (Nonmaleficience; zB Chemotherapie) sollen im Zweifel *unterbleiben*. Das steht aber fallweise in Konflikt mit Prinzip drei (Beneficience) und der allgemeinen Fürsorgeverpflichtung. Für die ökonomische Betrachtungsweise kann das heißen, dass teure Maßnahmen mit wenig Erfolgschancen oder wenig Wirkung im Zweifel unterbleiben sollen, weil damit dem Patienten kaum geholfen, der Gemeinschaft aber ökonomisch erheblich geschadet wird. Hierbei ist jedenfalls die Verhältnismäßigkeit zu beachten.

(3) Das *Prinzip der Fürsorge/des Wohltuns* (Beneficience) verpflichtet Organisatoren im Gesundheitswesen, aber auch Ärzte im Einzelfall, neben dem Interesse des individuellen Patienten auch das Interesse der Allgemeinheit zu beachten und zu fördern.

(4) Das *Prinzip der Gerechtigkeit* (Justice) verlangt die Gleichbehandlung von Patienten mit den gleichen Voraussetzungen. Es geht also um die faire Verteilung der vorhandenen Ressourcen. Auch diese Verpflichtung trifft Organisatoren im Gesundheitswesen sowie Ärzte im Einzelfall.

Jede Bewertung der Lebensqualität einer Person im Sinne von „lebenswertem" oder „lebensunwertem" Leben durch Dritte – also durch Ärzte oder Angehörige etc – und jede daran anknüpfende Konsequenz, wie zB die Reduktion medizinischer Versorgung, ist ein gravierender Verstoß gegen die Menschenwürde.[26] Einzig der jeweilige Patient ist berechtigt, die Bewertung der Lebensqualität seinen Entscheidungen über die Zustimmung und Ablehnung konkreter medizinischer Maßnahmen – zB auch mittels Patientenverfügung – zugrunde zu legen.

G. Conclusio

Die westlichen Industrienationen sind mit anhaltend steigenden Gesundheitskosten konfrontiert, woraus sich zwangsweise die Notwendigkeit von Rationalisierung und tw auch Rationierung ergibt. In den sehr armen Ländern der Welt hingegen sterben die Menschen nach wie vor, weil sie sich die medizinische Versorgung nicht leisten können.[27] Wir sind in Europa also in einer glücklichen Lage. Gesundheit ist ein zentraler Lebenswunsch der meisten Menschen und daher sehr wichtig für die Persönlichkeit des Menschen.[28] Diese große Bedeutung der Gesundheit für das Individuum muss auch bei der konkreten Ausgestaltung des Gesundheitssystems ihren Niederschlag finden.

Alle Gesundheitssysteme, egal ob in reichen oder in armen Staaten, sind vom Umgang mit (relativ) knappen Ressourcen geprägt und mit der Frage der Verteilungsgerechtigkeit konfrontiert. Es gilt also, ein transparentes und durch Beteiligung der betroffenen Personengruppen demokratisches Modell der Ressourcenbegrenzung und -zuweisung zu etablieren, welches den anerkannten humanistischen Prinzipien in Recht und Medizin entspricht. Ansätze dafür bestehen durchaus, Optimierungsbedarf besteht in erheblichem Ausmaß.

Aktuelle gesellschaftliche und politische Entwicklungen tendieren eher zu einer Verschärfung bestehender Verteilungskonflikte und zu einer Erweiterung der bereits ansatzweise bestehenden „Zweiklassenmedizin". Beispielhaft sei hier für Österreich das System der Sonderklasse-Patienten genannt, welches

---

[26] *Honnefelder* (1996) 343.
[27] Vgl *Harrer* (1998), 37.
[28] *Kostka* (2002) 148.

laut Gesetz (zB § 29 Abs 2 TirKAG) für die mehr bezahlenden Privatversicherten keine medizinischen Vorteile, sondern nur bessere Verpflegung und Unterkunft bringen dürfte, tatsächlich aber wohl auch – zumindest was die Wartezeiten betrifft – eine bevorzugte Behandlung ermöglicht. Die 2019 erfolgte Erweiterung der Sonderklasse auf Ambulanzen (Novelle zum KAKuG 2018) lässt auch gar keinen anderen Schluss zu, weil bessere Verpflegung und Unterkunft hier von vornherein ausscheiden.[29]

In Deutschland ist die Spaltung zwischen Privatversicherten und öffentlich Versicherten noch stärker ausgeprägt:

„An den Südhängen des Taunus, in Bad Soden, zwischen viel Wald und Villen, steht ein Krankenhaus, das zwei Eingänge hat: einen großen und einen kleinen. Sie liegen direkt nebeneinander. Beide führen in einen roten, modernen Backsteinbau. Und doch in unterschiedliche Welten. Kassenpatienten müssen nach rechts, durch eine große Drehtür. Dahinter erwarten sie Mehrbettzimmer, PVC-Boden und gestresste Pfleger. Im Foyer gibt es ein Café mit Holzstühlen und einen Automaten, an dem die Patienten ihre Chipkarte zum Telefonieren oder Fernsehen aufladen müssen.

In die andere Welt geht es durch die linke, deutlich kleinere Tür. Schon das Entree erinnert mit seiner edlen Sitzlandschaft an ein Fünfsternehotel. Hier werden die Privatpatienten von Mitarbeitern des "Patientenmanagements" begrüßt: auf Deutsch, Englisch oder Russisch. Eine Besichtigung lehnt das Krankenhaus ab. Auf seiner Website erfährt man aber, dass die Zimmer riesig sind. Es gibt dort Einbauschränke aus Edelholz, sandfarbene En-suite-Bäder und große Fenster, durch die das Licht, aber kein Lärm hereindringt. Gegessen wird à la carte, getrennt von den Kassenpatienten. Zum "süßen", "herzhaften" oder "mediterranen" Frühstück wird jeden Morgen kostenlos eine Zeitung gereicht.

So wie in Bad Soden gibt es in ganz Deutschland zwei Klassen von Menschen: Privatpatienten und Kassenpatienten. Man hat sich daran fast schon gewöhnt. Auch in Bad Soden rebelliert niemand. Alle nehmen den Eingang, der für sie vorgesehen ist.“[30]

Ökonomische Herausforderungen dürfen nicht automatisch zum Privatisierungsreflex führen und damit einer Zweiklassenmedizin Vorschub leisten. Nur ein flächendeckendes öffentliches Gesundheits- und Sozialwesen kann eine gerechte, umfassende und kosteneffiziente Gesundheitsversorgung aller garantieren.

---

[29] „Zur Unterstützung der Umsetzung des spitalsambulanten Abrechnungsmodels haben die Länder die Möglichkeit, die Einhebung von Sonderklassegebühren für jene Leistungen vorzusehen, die bisher stationär erbracht und für die die Verrechnung von Sonderklassegebühren möglich war, die nunmehr auf Grund des spitalsambulanten Abrechnungsmodells ambulant zu erbringen sein werden. Der Einhebung solcher Sondergebühren haben adäquate Leistungen gegenüber zu stehen.“ ErläutRV 374 BlgNR 26. GP 5.

[30] *Rohrbeck/Rudzio* (2017).

Dem trägt die Gesundheitspolitik der EU grundsätzlich auch Rechnung. Im Zentrum dieser steht der vom Erwerbseinkommen und der gesellschaftlichen Klasse unabhängige Zugang zu allen notwendigen Gesundheitsgütern und -dienstleistungen. Demnach soll niemand von der medizinischen Behandlung ausgeschlossen werden, weil er nicht ausreichend finanzielle Mittel besitzt, die eigene medizinische Versorgung oder die Versicherungsprämie zu finanzieren. Für die Organisation und Bereitstellung der Gesundheitsversorgung sind zwar die nationalen Behörden zuständig. Aufgabe der EU ist es aber, die nationale Politik zu ergänzen. Auf dieser Basis verfolgt die EU das Ziel, den Zugang „zu einer hochwertigen Versorgung auf der Grundlage von Universalität, Angemessenheit und Solidarität, Verhütung des durch Krankheit, Unfall, Behinderung oder der Pflegebedürftigkeit im hohen Alter bedingten Armuts- und Ausgrenzungsrisikos sowohl für die Patienten als auch ihre Familien“[31] zu sichern.[32] Dies muss auch das Ziel der nationalen Gesundheitspolitik sein.

Literatur

Bobbio 1999: Das Zeitalter der Menschenrechte (1999).

Burger/Mair/Wachter 2017: Sozialrecht Basics[4] (2017) 106.

Callahan 1995: Setting Limits: Medical Goals in an Aging Society (1995).

Die Presse vom 11.11.2011.

Der Standard vom 9.12.2015: „Rechnungshof: Fast fünf Milliarden Euro durch Abbau von Spitalsbetten möglich.“.

Der Tagesspiegel vom 3.8.2003, https://www.tagesspiegel.de/politik/keine-hueftgelenke-fuer-die-ganz-alten/436080.html (27.2.2019).

Eichenhofer 2010: Gesundheitsleistungen in Europa, Gesundheitsleistungen in Europa, in: Fischer/Meyer (Hg) Gesundheit und Wirtschaftswachstum. Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs (2010) 119.

Ganner 2018: Kap. IV.4 Recht der Altenpflege, in: Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hg) Handbuch Medizinrecht (Stand 1.11.2018, rdb.at).

[31] *Eichenhofer* (2010).

[32] Gem der RL 2011/24/EU (des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung) haben EU-Bürger das Recht, sich in einem anderen EU-Land behandeln zu lassen. Dies erleichtert ua den nationalen Gesundheitsbehörden die Zusammenarbeit und den Austausch von Informationen über Qualitäts- und Sicherheitsstandards in der Gesundheitsversorgung und gewährleistet, dass Rezepte in anderen EU-Ländern anerkannt werden.

Groß/Schäfer/Westermann 2010: Möglichkeiten und Grenzen von Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen, in: Fischer/Meye (Hg) Gesundheit und Wirtschaftswachstum. Gesundheit und Medizin im interdisziplinären Diskurs (2010) 133.

Harrer 1998: Zivilrechtliche Arzthaftung und Ressourcenverknappung, in: Kopetzki/Zahrl (Hg) Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 39.

Honnefelder 1996: Ethische Probleme der Humangenetik, in: Beckmann (Hg) Fragen und Probleme einer medizinischen Ethik (1996) 343.

Höpflinger 1997: Bevölkerungssoziologie (1997).

Kopetzki 1998: Patientenrechte zwischen normativem Anspruch und ökonomischen Zwängen, in: Kopetzki/Zahrl (Hg) Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 9.

Kostka 2002: Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, in: Aufderheide/Dabrowski (Hg) Gesundheit – Ethik – Ökonomie (2002) 145.

Luf 1998: Patientenrechte und Ökonomie aus rechtsethischer Sicht, in: Kopetzki/Zahrl (Hg) Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 60.

Marckmann 2007: Zwischen Skylla und Charybdis: Reformoptionen im Gesundheitswesen aus ethischer Perspektive, Gesundheitsökonomie & Qualitätsmanagement 2007, 96.

Mazal 1998: Das Wirtschaftlichkeitsgebot in der Sozialenkrankenversicherung, in: Kopetzki/Zahrl (Hg) Behandlungsanspruch und Wirtschaftlichkeitsgebot (1998) 28.

Nöthen 2001: Hohe Kosten im Gesundheitswesen: Eine Frage des Alters?, Statistisches Bundesamt, Wirtschaft und Statistik, Juli 2011, 665f.

Rawls 1979: Eine Theorie der Gerechtigkeit (1979).

Rohrbeck/Rudzio 2017: Der Riss im System, DIE ZEIT 2017/39.

Spengler 2004: Kompensatorische Lohndifferenziale und der Wert eines statistischen Lebens in Deutschland, ZAF 3/2004, 269.

Strickmann 2012, Heimaufenthaltsrecht[2] (2012).

WAZ vom 3.5.2012, https://www.waz.de/politik/neuer-streit-um-hueft-operationen-bei-senioren-id6620048.html (27.2.2019).

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81208
michael.ganner@uibk.ac.at

Thomas Pixner

Gesundheitsökonomische Aspekte der Chirurgierobotik

Dargestellt am Beispiel der Prostatektomie[1] unter Anwendung des *Da-Vinci* Chirurgieroboters

A. Grundlegendes zur Chirurgierobotik

Die Robotik hat ihre Anfänge in der Antike mit mechanischen Automaten, welche va zu Repräsentationszwecken konstruiert wurden. Automaten welche nützliche Aufgaben übernehmen konnten, wurden erstmals in der Mitte des letzten Jahrhunderts entwickelt. Der erste Chirurgieroboter wurde Ende der 1970er präsentiert.[2]

Die Entwicklung der Chirurgierobotik geht auf den Wunsch des US-Militärs, seine Soldat_innen nahe dem Gefechtsfeld zu versorgen, ohne Ärzt_innen der Gefechtssituation auszusetzen, zurück.[3] Das erste „aktive Handlungsgerät“ iS eines „selbsttätigen Handhabungsgerät“ war der *Robodoc*, welcher bei Hüftoperationen eingesetzt wurde.[4]

Unter „Chirurgieroboter“ sind Systeme zu verstehen, welche in direktem interventionellen Kontakt zu dem Patienten/der Patientin stehen. Hierzu zählen auch Telemanipulationssysteme, welche lediglich Eingaben der Chirurgin/des Chirurgen umsetzen ohne dabei automatisch/autonom zu handeln. Die Chirurgierobotik kann ua anhand des Autonomiegrades (telemanipulations-, interaktive-, automatische- und autonome Systeme) oder Einsatzgebietes (minimalinvasive Chirurgie[5], Orthochirurgie, Neurochirurgie und chirurgische Assistenz) eingeteilt werden.[6] In der minimalinvasiven Chirurgie kommt der *DaVinci-Chirurgieroboter*, ein interaktives System, zum Einsatz. Dabei werden die von der Chirurgin/dem Chirurgen über ein räumlich entferntes Eingabegerät eingegebenen Befehle computergestützt skaliert, gefiltert und in Mikrobewegungen des Roboters umgesetzt.[7] Die Versatilität, dh wie vielseitig ein

---

[1] Operatives Entfernen der Prostata bei Prostatakarzinom *Pschyrembel/Meinert/Schäffler* (2018) 1470.
[2] *Haun* (2013) 1ff; auch *Maier* (2016) 18ff.
[3] *Kübler/Seibold* (2017) 879.
[4] *Caetano da Rosa* (2014) 12f mwN.
[5] Chirurgie mit minimal-invasivem Operationszugang und Einsatz spezieller Apparate (Endoskop) s *Pschyrembel/Meinert/Schäffler* (2017) 319.
[6] *Kübler/Seibold* in *Kramme* (2017) 879f.
[7] *Kübler/Seibold* in *Kramme* (2017) 881.

System einsetzbar ist, kann ein weiteres Unterscheidungskriterium bieten. Hier ist der universelle Roboterarm *Miro* vom *DLR* zu nennen, welcher in der minimalinvasiven Chirurgie, Orthochirurgie und Neurochirurgie sowie für die chirurgische Assistenz eingesetzt werden kann, sohin für das gesamte Spektrum der roboterassistierten Chirurgie.[8]

Zu beachten ist, dass der Chirurgieroboter nicht die Ärztin/den Arzt ersetzen, sondern deren/dessen Fähigkeiten verbessern soll.[9] Die Behandlungsqualität und -sicherheit muss im Vergleich zur konventionellen Methode auf vergleichbarem oder besserem Niveau bleiben.[10]

Bundesland	Robotersysteme gesamt	in Kliniken	in öffentlichen Krankenhäusern	in konfessionellen Krankenhäusern
Burgenland	0	0	0	0
Kärnten	0	0	0	0
NÖ	1	0	1	0
OÖ	2	0	1	1
Salzburg	0	0	0	0
Steiermark	0	0	0	0
Tirol	1	0	0	0
Vorarlberg	0	0	0	0
Wien	3	1	1	1

Tabelle 1: Übersicht über die Anzahl chirurgische Robotersysteme in Österreich[11]

B. Gesundheitsökonomische Aspekte

1. Relevanz der Thematik für Tirol

Einen Artikel in der *Tiroler Tageszeitung* vom 07.05.2017 zufolge, ist der erneute Ankauf des von 2003 bis 2013 in der Universitätsklinik Innsbruck eingesetzten *DaVinci* Chirurgieroboters nicht vorgesehen. Befürworter_innen der Methode bringen an, dass die Methode, va bei der Prostataektomie, Vorteile bei der postoperativen Kontinenz und Potenz aufweise und daher für eine zukunftsorientierte und „beste Patientenversorgung“ unabdingbar sei. Dagegen stünden die hohen Anschaffungskosten von € 1,7 Mio, ein nicht klarer Mehrwert für die Patient_innen sowie eine andere Schwerpunktsetzung der Universitätsklinik Innsbruck.[12] Dieses Innsbrucker Bsp steht demonstrativ für den gesundheitsökonomischen Diskurs um der Chirurgierobotik, welcher folgend näher erläutert wird.

[8] Dazu eingehender *Kübler/Seibold* (2017) 885.
[9] *Zauner/Schrempf* (2009) 281.
[10] *Kübler/Seibold* (2017) 880.
[11] *Fischer/Kisser* (2015) 25.
[12] *Plank* (2017) 16.

2. Gesundheitsökonomie der Medizintechnik

Die Medizintechnik wird als entscheidende Ursache für die Kostenexplosion im Gesundheitswesen gesehen, welche tw eine Eigendynamik aufweist und nicht immer auf die humanitäre Ausrichtung der Medizin abziele. Hierbei hat es va in den OECD-Ländern eine hohe Zunahme va bei diagnostischen Verfahren gegeben. Der ökonomische Zwang zur immanenten Auslastung der medizintechnischen Geräte und des zunehmend spezialisierten Personals wird als Grund für die kostentreibende Überversorgung kritisiert. Der medizintechnische Fortschritt diffundiert meist aus dem schwach regulierten Gesundheitsmarkt der USA und wird daher als „quasi exogen" betrachtet und ist kaum von nationaler Politik beeinflussbar. Die öffentliche Hand wird daher in Hinkunft eine stärkere Rolle bei der Kosten-Nutzen-Evaluation einnehmen müssen, wobei nicht verkannt werden darf, dass derartige Evaluationen ebenfalls zeit- und kostenintensiv sind.[13]

Die Begrenztheit der finanziellen Mittel im Gesundheitswesen führt zum Zwang, eine Abwägung über den Einsatz konkurrierender Ressourcen vorzunehmen. Neben ethischen Überlegungen kann auch die Kosteneffektivität Ansatzpunkte bieten: Prinzipiell ist bei gleichem Behandlungsergebnis, jene Methode vorzuziehen, welche geringere Kosten verursacht. Das Ziel ist eine effiziente Allokation. Die Ziele der Gesundheitsökonomie und Ethik lassen sich nur scheinbar nicht in Einklang bringen: es werde von niemanden vertreten, eine Behandlung mit nur geringen zusätzlichen Nutzen bei erheblicher Kostensteigerung zu wählen, wenn diese Mittel für eine andere Behandlung mit einem wesentlich größeren medizinischen Nutzen nicht mehr zur Verfügung stehen. Die Gesundheitsökonomie kann hier Grundlagen über die Priorität bei der Finanzierung medizinischer Leistungen bieten und sollte daher standardmäßig die klinische Evaluation aufgenommen werden.[14] Leitend müssen immer das Patient_innenwohl und die Patient_innenautonomie sein, welche jedoch bei knappen Ressourcen mit den Bedürfnissen anderer Menschen und anderer gesellschaftlicher Güter (soziale Sicherheit, Bildung udgl) abgewogen werden muss.[15]

Die Frage, was Gesundheit überhaupt kosten darf, ist durchaus diffizil zu beantworten: hierbei können ökonomische Theorien wie die des nutzenmaximierenden Konsumenten[16], Humankapital[17] oder das im britischen Gesund-

---

[13] *Streissler* (2004) 23f.

[14] *Christaller* et al (2001) 178ff; ähnlich *Schaupp* (2009) 92f.

[15] *Schaupp* (2009) 92ff.

[16] Im Optimum ist der Nutzen der letzten Geldeinheit gleich groß wie für jeden andern Verwendungszweck.

heitssystem (NHS) gebräuchliche QUALY-System[18] genannt werden.[19] Diese Systeme können jedoch nur relative Wertungen erarbeiten, sind eher in der Theorie als in der Praxis zielführend und nicht selten problembehaftet.[20]

3. Kostenstruktur des *DaVinci*

Kostenkategorie	Kosten Minimum	Kosten Maximum	Kosten Mittelwert
Anschaffung	600.000	2.500.000	1.500.000
Wartung/jährlich	100.000	170.000	150.000
Instrumente pro Fall	1.000	2.160	1.580

Tabelle 2: Übersicht über die durchschnittlichen Kosten in € für Anschaffung, Wartung und Instrumente[21]

Die Kosten für die Anschaffung des *DaVinci* Chirurgieroboter belaufen sich auf € 1,5-1,7 Mio, die Wartungskosten auf € 150.000/Jahr und verbrauchsunabhängige Kosten auf ca € 1.500/Eingriff.[22] Trotz dieser Kostenstruktur hat sich der *DaVinci*, va bei der radikalen Prostatektomie, schnell in der klinischen Praxis ausgebreitet. Dies belegen Zahlen aus den USA: 2008 wurden 28 % der Proastatektomien mit dem *DaVinci* durchgeführt; 2014 bereits 81 %.[23] Die schnelle Ausbreitung könne jedoch auch auf das Marketing des Herstellers zurückgeführt werden, zumal die Vorteilhaftigkeit keine starke Evidenz aufweist.[24]

Bolenz gibt die mittleren Kosten einer roboterassistieren Prostatektomie mit US $ 6.752, die mittleren Kosten einer laparoskopischen Prostatektomie mit US $ 5.687 und die mittleren Kosten der offenen Prostatektomie mit US $ 4.437 an. Die roboterassistierte Prostatektomie ist sohin die teuerste der zur Verfügung stehenden Methoden.[25]

---

[17] Darunter auch Lohn, Einkommen, Pensionsantritt, geleistete Arbeitszeit. Humankapital an sich wird meist im Kontext von Bildung verwendet.
[18] Der Output produzierter Gesundheit wird in QUALYs gemessen und mit den Kosten in Korrelation gesetzt.
[19] *Riedel* (2009) 109ff.
[20] *Riedel* in FS *Metzler* (2009) 112 und 119; beim QALYs wird bspw die Gewichtung lebensverlängernder und lebensverbessernder Maßnahmen kritisiert.
[21] *Fischer/Kisser* (2015) 133.
[22] *Fischer/Kisser* (2015) 132f; *Siemer/Stöckle* (2011) 930.
[23] *Fischer/Kisser* (2015) 140; andere Zahlen *Leddy/Lendvay/Satava* (2010) 101.
[24] *Fischer/Kisser* (2015) 140 mwN.
[25] *Bolenz* (2014) 318ff.

4. Fallpauschalen der Prostatektomie

Die Leistungsorientierte Krankenhausfinanzierung (LKF[26]) sieht keine Fallpauschale für den Einsatz von Chirurgierobotern vor. Bei der Prostatektomie sind nur Fallpauschalen für die offene und laparoskopische Methode vorgesehen.[27] Aufgrund der höheren Kosten der roboterassistieren Methoden, in concreto der roboterassistierten Prostatektomie mit der *DaVinci*-Methode, werden die Operationskosten nicht vollständig abgegolten. Dadurch entsteht bei Patienten der allgemeinen Gebührenklasse eine Finanzierungslücke. Dieser Zustand macht die Anschaffung und den Einsatz des *DaVinci* für Patienten der allgemeinen Gebührenklasse durchaus unrentabel.[28]

5. Amortisierung

Lt Hersteller hat der *DaVinci* eine durchschnittliche Lebensdauer von sieben bis zehn Jahren, die Lit spricht von fünf bis zehn Jahren. Eine hohe Auslastung über die Lebensdauer reduziert die Kosten pro Eingriff: dies kann durch einen multidisziplinären Einsatz (zB in mehreren bzw gar allen chirurgischen Fächern) gelingen. Jedoch scheint eine Amortisierung nur durch Fallpauschalen unrealistisch.[29]

Fischer/Kisser haben, unter der vereinfachenden Annahme, dass der *DaVinci* nur bei der Prostatektomie zum Einsatz kommt, durch Variation der Fallzahlen und Fallpauschalen den Amortisierungszeitpunkt des *DaVinci* berechnet: Verkürzt kann geschlussfolgert werden, dass bei Fallzahlen von 100 Prostatektomien per anno, selbst bei einer 90 %igen Refinanzierung aus Fallpauschalen[30], keine Amortisierung innerhalb der Lebensdauer des *DaVinci* möglich ist. Bei Fallzahlen von 300 Prostatektomien per anno würden sich die kumulierten Kosten[31] innerhalb von ca sieben Jahren amortisieren. Bei Fallzahlen von 500 Prostatektomien amortisieren sich die kumulierten Kosten bereits mit einer 70 %igen Refinanzierung aus Fallpauschalen nach ca 7 Jahren. Jedoch übersteigen die kumulierten Kosten jene der kumulierten Ein-

---

[26] Leistungskatalog BMGF 2018, bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/CMS1128332460003/leistungskatalog_bmgf_2018.pdf (17.06.2018).

[27] Leistungskatalog BMGF 2018, 44 bmgf.gv.at/cms/home/attachments/8/6/4/CH1166/CMS1128332460003/leistungskatalog_bmgf_2018.pdf (17.06.2018); JG030 offene Prostatektomie; JG040 laparoskopische Prostatektomie; JG050 radikale offene Prostatektomie; JG060 radikale laparoskopische Prostatektomie.

[28] S insb Unterabschnitt c).

[29] *Fischer/Kisser* (2015) 133ff und 150.

[30] S zu den Fallpauschalen unter 4.

[31] S zu den Kosten unter 3.

nahmen dauerhaft erst nach zehn Jahren, am oberen Quantil der Lebenserwartung des *DaVinci*.[32] Anzumerken bleibt, dass selbst eine 70 %ige Finanzierung des *DaVinci*-Systems aus Fallpauschalen als unrealistisch anzusehen ist.[33]

6. Hospitalisierung

In einer Studie wird vertreten, dass sich der *DaVinci* durch die verkürzte Hospitalisierung[34] der Patienten nach ca zwei Jahren selbst finanziere (ROI[35] 48 %): durch die kürzere Hospitalisierung steht eine höhere Bettenkapazität zur Verfügung, welche sich in zusätzlichen Eingriffen niederschlägt. Die selbe Studie merkt auch an, dass durch einen robotergestützten Eingriff die Patienten schneller arbeitsfähig sind, was einen positiven wirtschaftlichen Effekt hat und die gesellschaftlichen Kosten reduziert.[36] Graphisch ist die Metanalyse zur kürzeren Hospitalisierung im Methodenvergleich in den beiden folgenden Abbildungen dargestellt:

[32] S zur Berechnung *Fischer/Kisser* (2015) 135ff mit entsprechenden Zahlen und Grafiken.
[33] Zur Schlussfolgerung s *Fischer/Kisser* (2015) 45 und 150.
[34] Etwa *Leddy/Lendvay/Satava*, Open Access Surgery 3/2010, 106 gibt im Vergleich zur laparoskopischen Methode eine um einen Tag kürzere Hospitalisierung an.
[35] Return on Investment (RoI) ergibt sich aus der Multiplikation des Kapitalumschlages (Umsatzerlös/Gesamtkapital) mit der Umsatzrentabilität (Gewinn/Umsatzerlös) s *Becker/Lutz/Back* (2011) 207.
[36] *Leddy/Lendvay/Satava*, Open Access Surgery 3/2010, 106; siehe auch *Barbash/Sherry/Glied*, New England Journal of Medicine 2010, 702; *Ahmed* et al, BJUI International 2012, 1553.

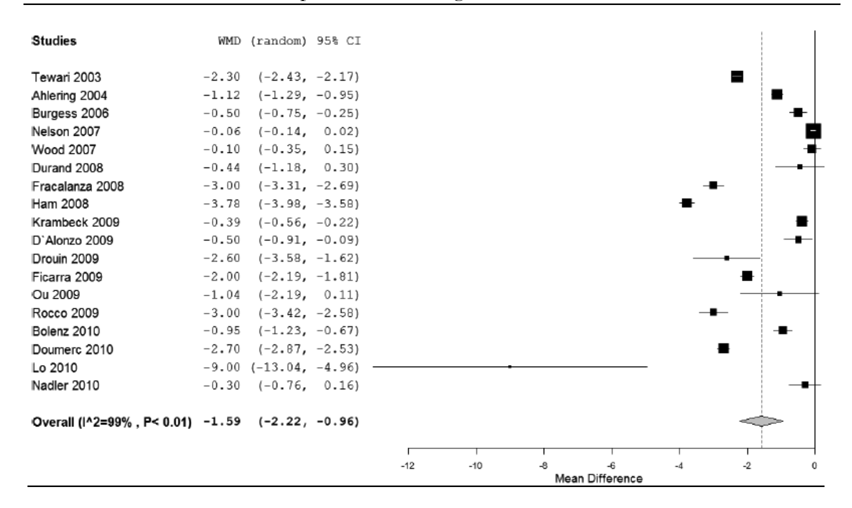


Abbildung 1: Forest-Plot zur Aufenthaltsdauer in Krankenanstalten bei roboterassistierter und offener Prostatektomie[37]

Die Meta-Analyse zeigt eine um 1,59 Tage geringere Hospitalisierung bei der roboterassistieren Prostatektomie im Vergleich mit der offenen Prostatektomie.[38]

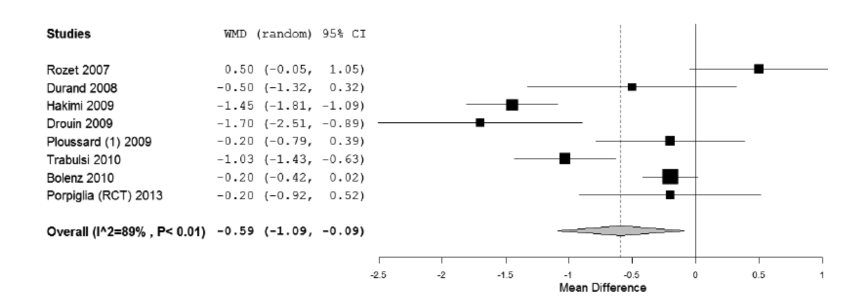


Abbildung 2: Forest-Plot zur Aufenthaltsdauer in Krankenanstalten bei roboterassistierter und laparoskopischer Prostatektomie[39]

[37] *Fischer/Kisser* (2015) 78.
[38] *Fischer/Kisser* (2015) 78; *Ryan* (2011) 44.
[39] *Fischer/Kisser* (2015) 82; *Ryan* (2011) 53.

Die Meta-Analyse zeigt eine um 0,59 Tage geringere Hospitalisierung bei der roboterassistieren Prostatektomie im Vergleich mit der laparoskopischen Prostatektomie.[40]

7. Lernkurve

Diskutiert wird auch die steilere Lernkurve der Chirurg_innen bei der *DaVinci*-Methode im Vergleich zur laparoskopischen Methode: dadurch sind mehr Chirurg_innen fähig, einen minimalinvasiven Eingriff vorzunehmen, was wiederum positive Auswirkung auf die Kostenstruktur hat, da dadurch der/die Chirurg_in weniger kostet.[41]

8. Klinische Praxis

In der Urologie hat sich der Einsatz chirurgischer Robotersystemen bereits etabliert. Das Angebot an roboterassistierten Eingriffen kann daher die Krankenhauswahl der Patientin/des Patienten beeinflussen.[42]

Der Einsatz des *DaVinci* hat gegenüber laparoskopischen Methoden keine medizinischen Nachteile. Die Vorteile sind bei sehr niedriger bis moderater Evidenzstärke eine reduzierte Hospitalisierung[43] und Blutverlust sowie tw weniger Komplikationen. Die OP-Dauer wird ambivalent beurteilt.[44] Bei der Prostatektomie bleibt zudem die Potenz und Kontinenz gegenüber der laparoskopischen und offenen Methode besser erhalten. Gruppenunterschiede bei der Mortalität waren statistisch nicht signifikant, onkologische Endpunkte und Daten zur Lebensqualität wurden nicht erfasst.[45]

Unter Berufung auf eine Studie[46] bei Hysterektomie[47] gehen Kritiker davon aus, dass sich durch die *DaVinci*-Methode die Kosten erhöhen ohne gleichzeitig das Ergebnis für Patientinnen zu verbessern und es sich daher um eine „Pseudoinnovation" handelt.[48] Expert_innen sehen hingegen eine Berechti-

---

[40] Meta-Analyse: Hospitalisierung bei der Roboterchirurgie um 0,6 Tage kürzer *Fischer/Kisser* (2015) 76.
[41] S dazu *Leddy/Lendvay/Satava* (2010) 105f; *Ahmed* et al (2012) 1553.
[42] *Fischer/Kisser* (2015) 142; s auch *Barbash/Sherry/Glied* (2010) 704.
[43] S unter 6.
[44] *Fischer/Kisser* (2015) 143ff; s auch *Yu* et al (2013) 1397.
[45] *Fischer/Kisser* (2015) 76ff und 143ff.
[46] *Wright* et al (2013) 689ff.
[47] (Teil-)Entfernung des Uterus *Pschyrembel/Meinert/Schäffler* (2017) 844.
[48] *Kirchberg/Mees/Weitz*, Der Chirurg 2016, 1030.

gung der Methode bei komplexen Eingriffen wie der Gastrektomie[49] oder bei notwendiger Nervenschonung bei gleichzeitig radikalen vorgehen, wie bei der Prostatektomie (insb hinsichtlich Kontinenz und Potenz dazu Abbildung 3 bis 6).[50]

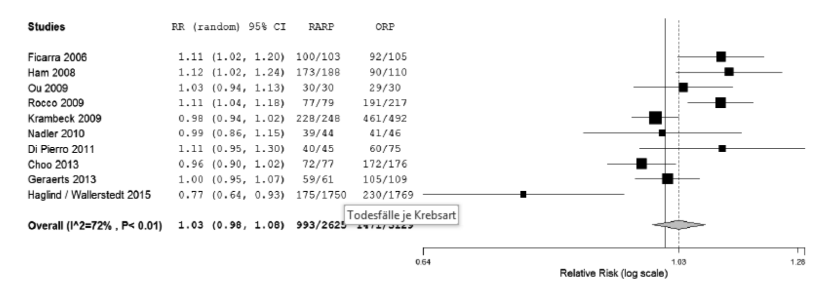


Abbildung 3: Forest-Plot zur Kontinenz nach 12 Monaten bei roboterassistierter und offener Prostatektomie[51]

Die Meta-Analyse hat ergeben, dass zwischen roboterassistieren und offenen Prostatektomie keine signifikanten statistischen Unterschiede hinsichtlich der Erhaltung der Kontinenz bestehen.

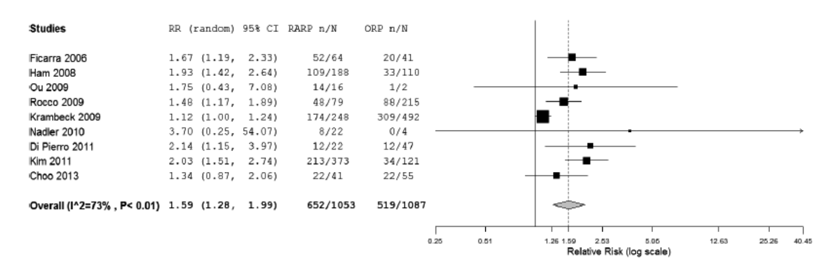


Abbildung 4: Forest-Plot zur Potenz nach 12 Monaten bei roboterassistierter und offener Prostatektomie[52]

Die Meta-Analyse hat ergeben, dass es bei der Prostatektomie mit der roboterassistierten Methode wahrscheinlicher ist die Potenz zu erhalten, als mit der offenen Prostatektomie.

---

[49] Totale Entfernung des Magens *Pschyrembel/Meinert/Schäffler* (2017) 634.
[50] *Kirchberg/Mees/Weitz*, Der Chirurg 2016, 1030.
[51] *Fischer/Kisser* (2015) 77 mwN; *Ryan* (2011) 41.
[52] *Fischer/Kisser* (2015) 77f mwN; *Ryan* (2011) 40.

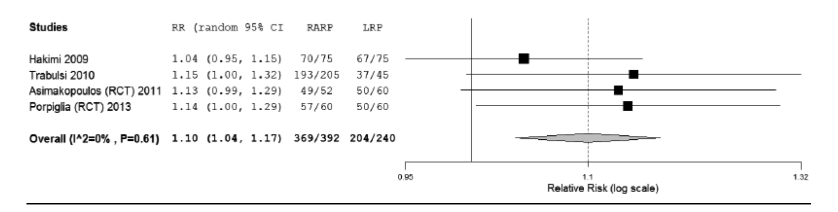


Abbildung 5: Forest-Plot zur Kontinenz nach 12 Monaten bei roboterassistierter und laparoskopischer Prostatektomie[53]

Die Meta-Analyse hat ergeben, dass es bei der Prostatektomie mit der roboterassistierten Methode wahrscheinlicher ist die Kontinenz zu erhalten, als mit der laparoskopischen Prostatektomie.

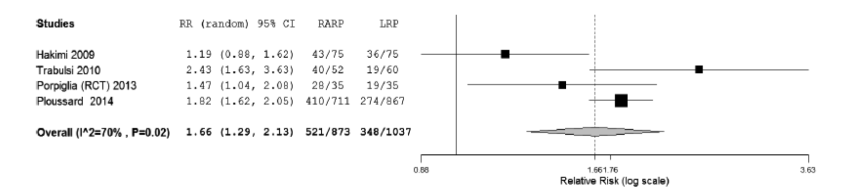


Abbildung 6: Forest-Plot zur Potenz nach 12 Monaten bei roboterassistierter und laparoskopischer Prostatektomie[54]

Die Meta-Analyse hat ergeben, dass es bei der Prostatektomie mit der roboterassistierten Methode wahrscheinlicher ist die Potenz zu erhalten, als mit der laparoskopischen Prostatektomie.

9. Monopol

Derzeit hat der *DaVinci* Hersteller *Intuitive Surgical* eine Monopolstellung, jedoch drängen bereits weitere Hersteller auf den Markt. Durch eine höhere Konkurrenz ist eine Kostensenkung, höhere Nachfrage und Weiterentwicklung wahrscheinlich.[55] Versatile Systeme, wie der *Miror* von *DLR*, können besser am Markt bestehen.[56]

[53] *Fischer/Kisser* (2015) 80 mwN; *Ryan* (2011) 50.
[54] *Fischer/Kisser* (2015) 81 mwN; *Ryan* (2011) 48.
[55] *Fischer/Kisser* (2015) 140.
[56] *Kübler/Seibold* in *Kramme* (2017) 880; auch *Fischer/Kisser* (2015) 133.

Die roboterassistierte Methode der Prostatektomie hat sich, herstellerunabhängig betrachtet, rasant etabliert: Während in den USA 2008 lediglich 24 % der Prostatektomien roboterassistiert durchgeführt wurden, betrug dieser Anteil 2014 bereits 81 % (s Abbildung 7).[57]

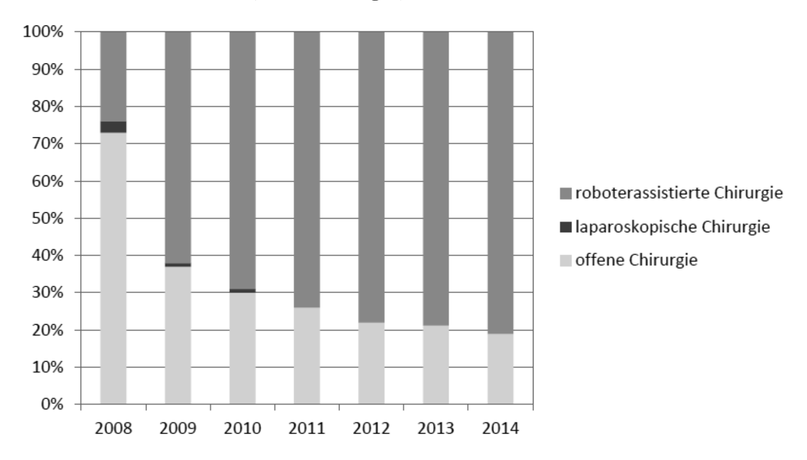


Abbildung 7: Marktanteilsentwicklung bei OP-Verfahren der Prostatektomie in den USA[58]

C. Anspruch auf Behandlung

In einer durch den Landesgesundheitsfond finanzierten Krankenanstalt orientiert sich die Abrechnung von Leistungen an Versicherten der allgemeinen Gebührenklasse an den Krankheitsbildern und deren schulmedizinischen Behandlung. Für (spitzen-)medizinische Behandlungen mit einer höheren Qualität ist keine höhere Vergütung vorgesehen, selbst wenn sie kostenintensiver ist.[59] Roboterassistierte Methoden sind kostenintensiver[60] als laparoskopische,[61] was deren Einsatz für eine durch den Landesgesundheitsfond finanzierten Krankenanstalt für Operationen an Patient_innen der allgemeinen Gebührenklasse durchaus unattraktiv machen kann – dies indiziert mE auch

[57] *Fischer/Kisser* (2015) 139f.
[58] *Fischer/Kisser* (2015) 135.
[59] *Resch* in FS *Metzler* (2009) 97.
[60] *Bolenz* et al (2014) 318ff gibt die mittleren Kosten einer roboterassistieren Prostatektomie mit US $ 6.752, die mittleren Kosten einer laparoskopischen Prostatektomie mit US $ 5.687 und die mittleren Kosten der offenen Prostatektomie mit US $ 4.437 an.
[61] *Leddy/Lendvay/Satava* (2010) 104 und 106.

die Entscheidung der Universitätsklinik Innsbruck[62], den *DaVinci* nicht erneut anzuschaffen. Ist als Behandlungsmethode für ein Prostatakarzinom nicht explizit das *DaVinci*-Verfahren vereinbart, ist der Behandlungsvertrag nach den §§ 914f ABGB auszulegen:[63] Bei der radikalen Prostatektomie können alle Zugangsarten (offene, laparoskopische und roboterassistierte Methode) als lege artis angesehen werden.[64] Sohin genügen diese Methoden den medizinischen Standard und die Ärztin/der Arzt hat im Rahmen ihrer/seiner Behandlungsfreiheit die Wahl, welche Methode sie/er anwendet.[65]

Der § 133 ASVG statuiert einerseits, dass „das Maß des Notwendigen nicht überschritten werden darf", andererseits „die Krankenbehandlung die Gesundheit, Arbeitsfähigkeit und Fähigkeit, für lebenswichtige Bedürfnisse zu sorgen, nach Möglichkeit wiederhergestellt, gefestigt oder gebessert werden soll". Kann ein solcher Behandlungsanspruch nicht durch Sachleistungen der Krankenversicherung abgedeckt werden, ist dieser Pflicht im Wege der Kostenerstattung (allenfalls auch zu Marktpreisen[66]) nachzukommen.[67] Bei der Prostatektomie durch den *DaVinci* kann, wie oben aufgezeigt, die Potenz und Kontinenz besser erhalten bleiben. Nach der *Maslow'schen* Bedürfnisspyramide[68] handelt es sich bei diesen biologischen Bedürfnissen um Grundbedürfnisse. Aufgrund dessen ist mE ein Anspruch auf Behandlung durch den *DaVinci* Chirurgieroboter iSd § 133 ASVG unzweifelhaft. Da die *DaVinci*-Methode der Prostatektomie in Krankenanstalten anderer Bundesländer[69] angeboten wird, wird auf die Darstellung des in diesem Zusammenhang grundsätzlich denkbaren Anspruchs auf Kostenübernahme einer Auslandsbehandlung verzichtet.[70] Anzumerken bleibt, dass kein Anspruch auf „weltbeste Behandlung" besteht.[71]

[62] *Plank* (2017) 16; vgl dazu auch Abschnitt d).
[63] Vgl *Resch* (2009) 97f.
[64] S dazu *Spek* (2018) 324f.
[65] *Reischauer* in *Rummel*, ABGB[3] § 1299 Rz 26f; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.05] § 1299 Rz 6 (Stand 1.1.2018, rdb.at); OGH 16.04.2002, 10 Ob 107/02m = EFSlg 100.736; s jedoch zur Aufklärung Abschnitt D.
[66] OGH 21.06.2004, 10 Ob S 68/04d = SVSlg 50.923.
[67] Vgl *Resch* (2009) 97ff; auch *Felten/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm[1] § 133 Rz 52 mwN.
[68] S *Gerrig* (2016) 425.
[69] Robotersysteme in Österreich (Tirol zählt nicht mehr dazu) *Fischer/Kisser* (2015) 21.
[70] S dazu *Felten/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm[1] § 133 Rz 73 und 77; OGH 15.12.1992, 10 Ob S 136/92 = ÖJZ 1994/2 (EvBl).
[71] *Felten/Mosler* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm[1] § 133 Rz 52 mwN; OGH 15.12.1992, 10 Ob S 136/92 = ÖJZ 1994/2 (EvBl).

D. Aufklärung

Hier soll der Frage nachgegangen werden, ob sich ein_e Chirurg_in der/die sich im Rahmen seiner/ihrer Behandlungsfreiheit zur Durchführung der Prostatektomie mit der offenen oder laparoskopischen Methode entscheidet, den Patienten über die *DaVinci*-Methode der Prostatektomie aufzuklären hat. Der Patient ist nicht über jede theoretisch mögliche Behandlungsmethode aufzuklären, solange eine Methode angewendet wird, die dem medizinischen Standard genügt. Bei nicht dringlichen Eingriffen ist der Patient über alternative Behandlungsmethoden (offene, laparoskopische und roboterassistierte Prostatektomie) aufzuklären, sofern hinsichtlich der Gefahr, Erfolgsaussicht, Belastung udgl Unterschiede bestehen.[72] Hat der Patient in die Behandlung nicht eingewilligt oder hätte er bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Einwilligung nicht erteilt, so haftet der Arzt/die Ärztin nach stRsp[73] für die nachteiligen Folgen des Eingriffs selbst dann, wenn dieser lege artis durchgeführt wurde.[74]

Der OGH hat sich bereits mit obiger Frage beschäftigt: Am Kläger wurde eine radikale Prostatektomie lege artis durchgeführt, wobei sich das Behandlungsrisiko der Inkontinenz und erektilen Dysfunktion verwirklichte. Der Kläger wurde nicht über die robotergestützte Methode aufgeklärt. Die Revision wurde jedoch zurückgewiesen (§ 502 Abs 1 ZPO), da der Kläger die Kausalität zw Pflichtverletzung des Beklagten (die unterlassene Aufklärung über den *DaVinci*-Chirurgieroboter) und erlittener Schädigung (Eintritt des Behandlungsrisikos der Inkontinenz und Impotenz) nicht nachweisen konnte. Die Erstinstanz stellte fest, dass sich das selbe Risiko auch mit den *DaVinci* realisiert hätte.[75] Diese positive Feststellung, welche durch den OGH nicht reversibel ist, ist dahingehend zu kritisieren, dass, wie hier aufgezeigt, die roboterassistierte Prostatektomie (*DaVinci*) den anderen Methoden hinsichtlich Kontinenz und Potenz überlegen ist. Auch wenn es dem Kläger mangels Kausalitätsnachweis nicht gelang, mit seinem Anspruch durchzudringen, ist aus diesem Urteil abzuleiten, dass die *DaVinci*-Methode eine aufklärungspflichtige alternative Behandlungsmethode der Prostatektomie darstellt.

Eine dahingehende Aufklärungspflicht kann dazu führen, dass sich Patienten in KA behandeln lassen, die über den *DaVinci*-Chirurgieroboter verfügen.[76]

---

[72] *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26f mwN.
[73] RIS-Justiz RS0026783
[74] *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 26j.
[75] OGH 21.12.2015, 5 Ob 248/15d.
[76] IdS *Fischer/Kisser* (2015) 142; s auch *Plank* (2017) 16 wonach Patienten bis Linz für eine robotergestützte Prostatektomie fahren.

E. Conclusio

Aufgezeigt werden konnte, dass die Prostatektomie mit dem *DaVinci* im Vergleich zur offenen und laparoskopischen Methode erheblich kostenintensiver ist, jedoch auch die wichtigen Körperfunktionen der Kontinenz und Potenz besser erhalten kann. Durch die steilere Lernkurve bei der *DaVinci*-Methode im Vergleich zur Laparoskopie stehen hierfür mehr Chirurg_innen zur Verfügung, was einen positiven Effekt auf die Kostenstruktur haben kann. Darüber hinaus können die höheren Kosten durch die kürzere Hospitalisierung tw kompensiert werden. Aufgrund der Finanzierungsstruktur der Krankenanstalten scheint eine Amortisierung derzeit unrealistisch. Trotz der Kostenstruktur hat sich der *DaVinci* in der klinischen Praxis rasch ausgebreitet und ist in den USA zum vorherrschenden Verfahren bei Prostatektomien geworden. In Österreich handelt es sich ebenfalls um eine etablierte Methode der Prostatektomie, auch wenn es Krankenanstalten gibt, wie die Universitätsklinik Innsbruck, die sich aus diesem Bereich zurückziehen. Aufgrund der Vorteile des *DaVinci*-Verfahren bei den sensiblen Funktionen der Kontinenz und Potenz kann dies Krankenanstalten, welche die *DaVinci*-Methode nicht anbieten, durchaus unattraktiv machen.

Zumal bei der Prostatektomie drei lege artis Zugangsmethoden zur Verfügung stehen, kann die Frage nach einem Behandlungsanspruch mit der *DaVinci*-Methode nicht pauschal beantwortet werden, sondern ist im Einzelfall durch Vertragslauslegung (§§ 914f ABGB) zu ermitteln. Festzuhalten bleibt, dass die Methodenwahl primär Sache der Ärztin/des Arztes ist.

ISd § 133 ASVG haben Patient_innen keinen Anspruch auf „weltbeste Medizin“, dennoch ist es mE unzweifelhaft, aufgrund der Vorteile bei der Kontinenz und Potenz, dass ein sozialversicherungsrechtlicher Anspruch auf Behandlung mit der *DaVinci*-Methode besteht.

Über die Möglichkeit der Durchführung der Prostatektomie mit der *DaVinci*-Methode ist der Patient im Rahmen der Aufklärung über alternative Behandlungsmethoden aufzuklären. Dies kann auch aus einem jüngst ergangenen OGH-Urteil abgeleitet werden, auch wenn hierbei der Kläger aufgrund der mE fehlerhaften positiven Sachverhaltsfeststellung des Erstgerichts und dadurch mangels Kausalitätsnachweis mit seinen Ansprüchen nicht durchdringen konnte.

Abschließend bleibt noch festzuhalten, dass die Ressourcen im Gesundheitswesen begrenzt sind und daher eine Abwägung zwischen den Bedürfnissen anderer Patient_innen als auch anderer gesellschaftlicher Güter vorzunehmen ist. Im Zusammenhang mit der Chirurgierobotik darf nicht vergessen werden, dass es sich um eine relativ junge und vielversprechende Innovation handelt,

welche auch in diesem Kontext zu beurteilen ist: Werden medizinische Innovationen in einem reinen Kosten-Nutzen-Verhältnis beurteilt ohne pro futuro dessen Potentiale zu berücksichtigen, führt dies zu einem nicht hinnehmbaren Innovationshemmnis, welches langfristig negative Auswirkungen auf den Standort und die Patient_innenversorgung haben kann. Aus diesem Grund ist bei der Beurteilung der Chirurgierobotik, neben einer Kosten-Nutzen-Evaluierung, auch deren Zukunftsperspektive einzubeziehen.

Literatur

Ahmed et al 2012: Assessing the cost effectiveness of robotics in urological surgery – a systematic review, BJUI International 2012, 1544-1556.

Barbash/Sherry/Glied 2010: New Technology and Health Care Costs – The Case of Robot-Assisted Surgery, New England Journal of Medicine 2010, 701-704.

Becker/Lutz/Back 2011: Gabler Kompaktlexikon Modernes Rechnungswesen (2011).

BMGF (Hg) 2018: Leistungsorientierte Krankenhausfinanzierung (LKF) – Leistungskatalog BMGF 2018.

Bolenz et al 2014: Costs of Radical Prostatectomy for Prostate Cancer: A Systematic Review, European Urology 2014, 316.

Caetano da Rosa 2014: Operationsroboter in Aktion. Kontroverse Innovationen in der Medizintechnik (2014).

Christaller et al 2001: Robotik. Perspektiven für menschliches Handeln in der zukünftigen Gesellschaft (2001).

Felten/Mosler in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm[1] § 133 Rz 52

Fischer/Kisser 2015: Roboterassistierte Chirurgie. Eine systematische Übersichtsarbeit zu Wirksamkeit und Sicherheit bei ausgewählten Indikationen und anfallenden Kosten (2015).

Gerrig 2016: Psychologie (2016).

Haun 2013: Handbuch Robotik. Programmieren und Einsatz intelligenter Roboter (2013).

Maier 2016: Grundlagen der Robotik (2016).

Kirchberg/Mees/Weitz 2016: Robotik im Operationssaal. Aus der Nische in die breite Anwendung, Der Chirurg 2016, 1025-1032.

Kübler/Seibold 2017: Aktueller Stand und Entwicklung robotergestützter Chirurgie, in: *Kramme* (Hg) Medizintechnik (2017) 879-891.

Leddy/Lendvay/Satava 2010: Robotic surgery: applications and cost, Open Access Surgery 2010, 99f.

Plank 2017: Ankauf von Operationsroboter für Uni-Klinik nicht rentabel, Tiroler Tageszeitung 125/2017, 16.

Pschyrembel/Meinert/Schäffler 2017: Pschyrembel Klinisches Wörterbuch (2017).

Reischauer in *Rummel* ABGB[3] § 1299.

Resch 2009: Spitzenmedizin: Worauf hat der Patient tatsächlich Anspruch? in: *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hg) Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. *Helfried Metzler* (2009) 95-105.

Riedel 2009: Was darf Gesundheit kosten – können wir uns Krankheit überhaupt noch leisten? in: *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hg) Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. *Helfried Metzler* (2009) 106-120.

Ryan 2011: Health technology assessment of robot-assisted surgery in selected surgical procedures. Health Information and Quality Authority (2011).

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.05}$ § 1299 Rz 6 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Schaupp 2009: Ist alles Machbare auch ethisch geboten, in: *Kröll/Pateter/Schweppe* (Hg) Recht und Risikomanagement in Anästhesie und Intensivmedizin. Festschrift für Univ.-Prof. Dr. *Helfried Metzler* (2009) 82-94.

Siemer/Stöckle 2011: Robotische Medizin in Deutschland: quo vadis? Der Urologe 2011, 928ff.

Spek (2018): Minimal-invasive vs. Offene Prostatektomie beim lokalisierten Prostatakarzinom, Der Urologe 2018, 323ff.

Streissler 2004: Das österreichische Gesundheitswesen. Eine ökonomische Analyse aus interessenpolitischer Sicht (2004).

Wright et al 2013: Robotically Assisted vs Laparoscopic Hysterectomy Among Women With Benign Gynecologic Disease, Journal of the American Medical Association 2013, 689ff.

Yu et al 2013: Use, Costs and Comparative Effectiveness of Robotic Assisted, Laparoscopic and Open Urological Surgery, The Journal of Urology 2013, 1392ff.

Zauner/Schrempf 2009: Informatik in der Medizintechnik. Grundlagen – Software – Computergestützte-Systeme (2009).

Mag. Thomas Pixner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-812212
thomas.pixner@uibk.ac.at

Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer/
Gabriele Werner-Felmayer/Bettina Böttcher/Astrid Lampe/
Wilhelm Geser/Claudia Schusterschitz

Empirische Forschungsergebnisse zur Spendebereitschaft von Ei- und Samenzellen für die Fortpflanzungsmedizin in Österreich

A. Einleitung[1]

Ei- und Samenzellen dritter Personen werden in der modernen Fortpflanzungsmedizin im Rahmen der bekannten Methoden wie Insemination sowie In-vitro-Fertilisation (IVF) und intrazytoplasmatische Spermieninjektion (ICSI) regelmäßig eingesetzt, um Menschen mit unerfülltem Kinderwunsch zu helfen. Laut Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) liegt eine ungewollte Kinderlosigkeit vor, wenn nach mindestens einem Jahr trotz ungeschützten regelmäßigen Geschlechtsverkehrs keine Schwangerschaft eingetreten ist.[2] Die Gründe hierfür sind bei Frauen bspw hormonelle Dysregulationen (auch aufgrund des biologischen Alters), anatomische Fehlbildungen, verschlossene Eileiter, Erkrankungen wie Endometriose, das polycystische Ovarsyndrom oder immunologische Faktoren. Beim Mann ist oft eine pathologische Bildung und/oder Funktion der Spermien ursächlich.[3]

Fremde Ei- und Samenzellen bieten Menschen die Möglichkeit, ihr „Unvermögen", Kinder zu zeugen – üblicherweise als Sterilität bezeichnet – zu kompensieren, sofern die Ursache dafür mit den Eizellen der Frau bzw den Spermien des Mannes nach reproduktionsmedizinischer Abklärung in Zusammenhang gebracht wird.[4] Die Zurverfügungstellung von Eizellen für reproduktive Maßnahmen bedeutet für die Frau eine ovarielle Stimulationsbehandlung und Punktion der Follikel im Eierstock, um die so erhaltenen Eizellen an andere Frauen (die Empfängerinnen) abzugeben. Es handelt sich dabei um einen invasiven Eingriff, der mit operativen Risiken sowie spezifischen Risiken wie dem ovariellen Hyperstimulationssyndrom verbunden ist. Männliche Samenzellen werden meist durch Ejakulation und seltener durch Hoden-

[1] Dieser Beitrag knüpft an jenen zu „Solidaritätsaspekten bei der Drittspende von Keimzellen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung" des letzten Tagungsbandes (*Flatscher-Thöni/Voithofer* (2018)) an.
[2] *Zegers-Hochschild et al for ICMART and WHO* (2009).
[3] Vgl dazu ausf Böttcher (2019) Rz 4 mwN.
[4] *Böttcher* (2019) Rz 10ff.

punktion zur Verfügung gestellt. Die Samenzellspende ist daher ein grundsätzlich weit weniger invasiver Vorgang als die Eizellenspende.

Wie in vielen Bereichen der modernen Reproduktionsmedizin haben sich nationale Gesetzgeber in den vergangenen Jahrzehnten auch mit der Verwendung von fremden Keimzellen/Gameten – also Ei- und Samenzellen – beschäftigt und dabei im europäischen Abgleich sehr unterschiedliche Regelungsregime gestaltet. Relevante Regelungsfaktoren sind bspw der Prozess der Zurverfügungstellung von Keimzellen, die im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals als Spende bezeichnet wird; die Anonymität der Spender_innen; die Einbeziehung/das Auffinden potenzieller Spender_innen; mögliche geldwerte und nicht-geldwerte Gegenleistungen für die Spende; Qualitäts- und Sicherheitsaspekte; das Kindeswohl iSv Art 5 UN-Kinderrechtskonvention[5]; das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Herkunft; wie auch die grundsätzlichen Verwendungsgrenzen von gespendeten Ei- und Samenzellen.[6]

Internationale Studien weisen zudem darauf hin, dass weltweit die Nachfrage nach gespendeten Samen- und Eizellen zugenommen hat[7], gleichzeitig aber eine Spender_innenknappheit herrscht, sodass das Angebot nicht der tatsächlichen Nachfrage entspricht. Die Gründe für dieses Ungleichgewicht sind vielfältig und beispielhaft auf unterschiedliche Spender_innen-Empfänger_innen-Anonymitätsregelungen oder fragwürdige Spender_innenanreize zurückzuführen[8]. Um dieser Spender_innenknappheit entgegenzuwirken und erfolgreiche Anreizmaßnahmen zu entwerfen, bedarf es eines substantiellen Verständnisses über die generelle Spendenbereitschaft von Keimzellen und ihrer Determinanten.

Vor dem Hintergrund der mit dem FMedRÄG 2015 einhergegangenen Liberalisierung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Samen- und Eizellenspenden in Österreich[9] stellt sich die Frage, wie es um die Spendebereitschaft von Keimzellen in Österreich steht. Da dazu soweit keine empirischen Studien bekannt sind, handelt es sich bei der hier vorgestellten Arbeit um den ersten Schritt, die Samen- und Eizellenspende in Österreich empirisch zu fassen. Konkret wollen wir daher der Frage nachgehen, welche Einstellungen, Motive und Charakteristika die Spendebereitschaft von Ei- und Samenzellen in Österreich beeinflussen.

[5] Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 7/1993 idF BGBl III 56/2016.
[6] Vgl etwa *Blyth/Frith* (2008); *Pennings* (2007); *Torjesen* (2014).
[7] *Pennings* (2007) 187-191.
[8] *Blyth/Frith* (2008) 74-95; *Pennings* (2007); *Torjesen* (2014) 1.
[9] Vgl dazu unten C. Ei- und Samenzellenspenden in Österreich im FMedG, sowie ausführlich *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer* (2015) mwN.

B. Empirische Befunde zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung und zur Keimzellenspende in Österreich

Von Interesse im rechtstatsächlichen Kontext ist der Blick auf die tatsächliche Verwendung von gespendeten Ei- und Samenzellen in Österreich. Durch das FMedRÄG 2015 wurde in § 21 FMedG ein Berichtwesen etabliert, das es ermöglicht, basierend auf der Summenerhebung je Krankenanstalt ein grobes Bild über den Einsatz der gesetzlich zugelassenen Methoden der Fortpflanzungsmedizin in Österreich zu zeichnen. Konkret haben gem § 21 FMedG die ärztlichen Leiter_innen der nach § 5 FMedG zugelassenen Krankenanstalten der *Gesundheit Österreich GmbH (GÖG*) nicht personenbezogene Daten zu folgenden Parametern zu übermitteln: (i) Anzahl der Paare, die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (muF) in Anspruch genommen haben; (ii) Anzahl der Anwendungen, gegliedert nach den in § 1 Abs 2 FMedG angeführten Methoden (einschließlich Überlassung von Samen- und Eizellen) und nach Alter; (iii) Anzahl der aufbewahrten Samenspenden, Eizellen und entwicklungsfähigen Zellen[10]; (iv) Anzahl der durch muF herbeigeführten Schwangerschaften; (v) Anzahl und Art der Geburten. Nach dem Bericht nach § 21 FMedG sind die am häufigsten eingesetzten muF-Methoden die Insemination, die IVF und ICSI:

	Insemination		**IVF**		**ICSI**		**Gesamt**	
	2016	**2017**	**2016**	**2017**	**2016**	**2017**	**2016**	**2017**
Anzahl der behandelten Frauen	1.354	1.436	1.545	1.861	7.660	7.755	10.559	11.052
Anzahl der Anwendungen	2.039	2.156	2.221	3.131	13.332	12.573	17.592	17.860
Anzahl der erzielten Schwangerschaften	237	220	824	876	4.282	3.768	5.343	4.864

Tabelle 3: Anzahl der mit muF-Methoden behandelten Frauen, durchgeführten Anwendungen und erzielten Schwangerschaften in Österreich im Jahr 2016 und 2017 gegliedert nach Behandlungsarten[11]

Diese Methoden können jeweils auch mit gespendeten Keimzellen durchgeführt werden und werden dann als „heterologe muF-Methoden“ bezeichnet. Aus dem Bericht gem § 21 FMedG ergeben sich dazu für die Jahre 2016 und 2017 folgende Zahlen:

[10] S zum Begriff „entwicklungsfähige Zellen“ ausführlich *Voithofer/Flatscher-Thöni/Böttcher/Werner-Felmayer* (2019) Rz 18ff.
[11] *Gesundheit Österreich* (2018) 3; *Gesundheit Österreich* (2017) 3.

	Insemination		**IVF/ICSI mit Samenspende**		**IVF/ICSI mit Eizellen-spende**		**IVF/ICSI mit Samen- und Eizellen-spende**		**Gesamt**	
	2016	**2017**	**2016**	**2017**	**2016**	**2017**	**2016**	**2017**	**2016**	**2017**
Anzahl der behandelten Frauen	215	233	382	420	137	160	2	6	736	819
Anzahl der Anwendungen	354	386	475	527	152	218	2	7	983	1.138
Anzahl der erzielten Schwangerschaften	55	59	174	183	63	60	0	2	292	304

Tabelle 4: Anzahl der mit heterologen muF-Maßnahmen behandelten Frauen, durchgeführten Anwendungen und erzielten Schwangerschaften in Österreich im Jahr 2016 und 2017 gegliedert nach Behandlungsarten[12]

Basierend auf dieser Datenstruktur wurden im Jahr 2017 233 Frauen mit gespendetem Samen durch Insemination behandelt, womit 59 Schwangerschaften bewirkt wurden. Im Jahr 2016 waren es 215 Frauen und 55 bewirkte Schwangerschaften. 420 Frauen wurden im Jahr 2017 mit Samen einer dritten Person behandelt, 160 mit einer Eizellenspende und 6 waren auf die Verwendung von Samen- und Eizellenspenden angewiesen. Insgesamt wurden durch den Einsatz von Gametenspenden 245 Schwangerschaften erzielt.

Über den Erfolg von muF-Maßnahmen mit gespendeten Keimzellen können hingegen nur schwache Aussagen getroffen werden. Zuverlässig lassen sich aus dem Bericht nach § 21 FMedG nur die oben angeführten erzielten Schwangerschaften pro Anwendung erschließen. Diese sagen jedoch nichts über die Lebendgeburtenrate oder Baby-Take-Home-Rate aus.[13] Die in den Berichten der *GÖG* nach § 21 FMedG dokumentierten Lebendgeburten von mittels heterologen muF-Methoden gezeugten Kindern kann nicht mit den dokumentierten Behandlungen und erzielten Schwangerschaften gleichgesetzt werden. Die im Bericht enthaltenen Lebendgeburten sind nämlich jene Lebendgeburten, bei denen im Rahmen der Geburt bekannt ist, dass die Schwangerschaft mittels heterologer muF-Methoden erzielt wurden, die innerhalb oder außerhalb Österreichs durchgeführt worden sein konnten. Die oben angeführten Zahlen beziehen sich hingegen auf die in Österreich in dazu zugelassenen Krankenanstalten durchgeführten muF-Maßnahmen. Hinsichtlich der Entwicklung der im Bericht nach § 21 FMedG erfassten Lebendge-

[12] *Gesundheit Österreich* (2018) 6f; *Gesundheit Österreich* (2017) 6f.
[13] Vgl *Gesundheit Österreich* (2018) 2.

burten mittels heterologer muF kann nur festgehalten werden, dass diese von 160 im Jahr 2016[14] auf 132 im Jahr 2017[15] gefallen sind.

In der Zusammenschau lässt sich auch festhalten, dass in Österreich aktuell mehr reproduktive Behandlungen mit gespendeten Samenzellen als mit gespendeten Eizellen durchgeführt werden. Gründe hierfür können einerseits in der höheren Nachfrage nach männlichen Samen und andererseits auch im geringeren Angebot an Eizellen liegen. Letzteres Argument wird durch einen Blick auf die Anzahl der aufbewahrten Samen- bzw Eizellen dritter Personen im Jahr 2017 unterstrichen. Während 6.107 Samenspenden verzeichnet werden, sind nur 342 Eizellenspenden dokumentiert.[16] Da Eizellenspenden für Frauen eine stärkere Invasivität im Spende-/Entnahmeprozess bedeuten, besteht hier die grundsätzliche Vermutung, dass Frauen einen geringeren Anreiz für eine Spende haben. Zusätzlich ist zu bedenken, dass die Eizellenspende erst 2015 in Österreich rechtlich erlaubt wurde, sodass der allgemeine Informationsstand darüber noch gering sein kann. Nichtsdestotrotz kam es zu einem merklichen Anstieg an Eizellenspenden vom Jahr 2016 auf das Jahr 2017, nämlich um 233 % (von 68 auf 342 dokumentierten Eizellenspenden[17]).

Obwohl die § 21 FMedG Statistik der *GÖG* einen Einblick auf die absoluten Zahlen der reproduktiven Behandlungen in den entsprechenden Krankenanstalten gibt, ist es dennoch nicht möglich, den Spendeprozess von Männern und Frauen im Detail zu analysieren, da weder konkrete Informationen über die Spender_innen, die Umstände und Motive der Spende, noch der Einstellungen der Spender_innen hinsichtlich der Abgabe von Gameten eruiert werden.

C. Ei- und Samenzellenspenden im FMedG

Auch wenn der allgemeine Sprachgeberauch von der „Spermien- und Eizellenspende" spricht, vermeidet das österreichische FMedG die Terminologie Spende im Kontext von Keimzellen und bezeichnet das Zurverfügungstellen von Keimzellen als „Entnahme und Verwendung" (vgl etwa §§ 2b, 3, 4, 7, 9, 13 FMedG). Die Gesetzesmaterialien sprechen im Gegensatz dazu allerdings durchaus von Spende.[18] Unter einer Spende wird im Allgemeinen eine freiwillige Leistung verstanden, der keine äquivalente materielle oder monetäre Ge-

[14] *Gesundheit Österreich* (2017) 8.
[15] *Gesundheit Österreich* (2018) 8.
[16] *Gesundheit Österreich* (2018) 9, Tabelle 2.7.
[17] *Gesundheit Österreich* (2017) 9, Tabelle 2.7.
[18] Vgl etwa ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1ff.

genleistung gegenübersteht, Spendengeber_in und Spendenempfänger_in müssen auch keine persönliche Verbundenheit aufweisen. Durch das Kriterium der Freiwilligkeit entbehrt dieses menschliche Verhalten damit Zwang und kann vom Kauf durch die fehlende materielle oder monetäre Gegenleistung abgegrenzt werden.[19]

Unterstellt man den Materialien des FMedG dieses Verständnis von Spende, so geht der österreichische Gesetzgeber von einer freiwilligen Zurverfügungsstellung von Gameten aus, das ohne Gegenleistung, sondern aus purer Nächstenliebe zugunsten dritter Personen und ihrem Fortpflanzungswunsch passiert. Das FMedG hat bereits 1992 die Spende von Spermien erlaubt, die Eizellenspende wurde hingegen erst durch das FMedRÄG 2015 ermöglicht. Das FMedG verzichtet grundsätzlich darauf, ein Spendesystem und die hierfür relevanten Personen explizit in einem eigenen, kohärenten Abschnitt zu regeln und behandelt die „Entnahme und Verwendung" von Keimzellen an unterschiedlichen Stellen im FMedG (hier va §§ 2b, 3, 7, 11, 12, 13, 14, 15 und 16 FMedG).

Die Eizellenspende war in Österreich bis zum FMedRÄG 2015 grundsätzlich verboten. Dieses Verbot war an das vorherrschende Argument geknüpft, dass eine Spaltung der (rechtlichen) Mutterschaft vermieden werden sollte. Demnach sollten keine Familienverhältnisse geschaffen werden, die von den natürlichen abweichen.[20] Das ABGB bildet dieses Argument auch normativ durch den 1992 – zum Zeitpunkt der Einführung des FMedG – geschaffenen § 143 (§ 137b aF ABGB) ab, der das Abstammungsprinzip „Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat" (mater semper certa est) festschreibt. Damit ist im Rechtssinn nur jene Frau Mutter, die das Kind geboren hat.

Vor dem Hintergrund der EGMR Entscheidung *S. H. u.a./Österreich* aus dem Jahr 2011[21] entschied sich der österreichische Gesetzgeber aus verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Beibehaltung des Verbots der Eizellenspende, obwohl er dazu nicht unmittelbar gezwungen war. Den Materialien folgend würde „[…e]in weiteres Aufrechterhalten des Verbots der Eizellenspende […] eine sachlich schwer begründbare Ungleichbehandlung gegenüber der zulässigen Samenspende bedeuten."[22] Unterstützt wurde dieser Schritt durch gesellschaftspolitische Bedenken, die auch von der *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt (BEK)* in ihrer Stellungnahme thematisiert wurden. In dieser Stellungnahme sprach sich die *BEK* für die Zulassung der Eizellenspende für

[19] *Hollerweger* (2001); ausführlich *Faber* (2019).
[20] S dazu ausführlich etwa *Voithofer/Thöni* (2011) 251f, 259f mwN.
[21] EGMR 3.11.2011 (GK), 57813/00, *S.H. ua/Österreich.*
[22] ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2.

Frauen mit ovarieller Insuffizienz innerhalb der biologisch-reproduktiven Phase aus.[23]

Der Zugang für Wunscheltern zur Eizellenspende wurde an die im FMedG immanent gegebene Gebrechlichkeitsorientierung und eine Altersgrenze geknüpft, sodass das Gesetz die Verwendung von Eizellen einer dritten Person für muF nur zulässt, wenn die Frau, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll, nicht fortpflanzungsfähig ist und diese Frau zum Zeitpunkt des Behandlungsbeginns das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (vgl § 3 Abs 3 FMedG).[24]

Der bereits erwähnte § 143 ABGB bestimmt auch im Fall der Eizellenspende die Wunschmutter abstammungsrechtlich als Mutter – auch wenn die Eizellespenderin genetisch mit dem Kind verwandt ist – da die Eizellempfängerin jene Frau ist, die das Kind zur Welt bringt.[25]

Als Eizellenspenderinnen charakterisiert das Gesetz Frauen zwischen dem vollendeten 18. bis zum vollendeten 30. Lebensjahr (§ 2b Abs 2 FMedG). Um den aus der Entnahme resultierenden Belastungen Rechnung zu tragen, ist eine umfassende Aufklärungs- und Beratungspflicht durch den oder die die Eizellenentnahme durchführenden Arzt oder Ärztin vorgesehen (§ 7 Abs 1 FMedG).

In der Urfassung des FMedG durfte Sperma eines Dritten nur für die Insemination verwendet werden, wenn der Samen des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig war. Für alle anderen muF-Methoden iSd § 1 Abs 2 FMedG war die Verwendung von gespendetem Samen nicht erlaubt. Die Materialien führen dazu wie folgt aus: „Der hohe technische Aufwand, die potentiell weitgehende Entfernung dieser Methoden von den Gegebenheiten der natürlichen Fortpflanzung, die Möglichkeit der Schaffung ungewöhnlicher persönlicher Beziehungen sowie die drohende Belastung, Ausbeutung und Ausnützung der Frau sprechen für das Verbot solcher Verfahren.“[26] Dieses 1992 statuierte Verwendungsverbot von gespendetem Sperma war vor dem Hintergrund des EGMR Urteils *S. H. ua/Österreich* als potentiell unzeitgemäß zu hinterfragen, sodass die Verwendung von Samenspenden für muF

---

[23] *Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt* (2012) 45.
[24] S zur Problematik der Altersgrenze ausführlich *Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher/Werner-Felmayer* (2019) Rz 10ff.
[25] Vgl zum Themenkreis genetische und rechtliche Abstammung ausführlich *Voithofer* (2016).
[26] ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11.

durch das FMedRÄG 2015 grundsätzlich liberalisiert und für alle Methoden iSd § 1 Abs 2 FMedG geöffnet wurde.[27]

Infolge der VfGH-Entscheidungen G 16/2013 und G 44/2013[28] wurde mit dem FMedRÄG 2015 die Verwendung von gespendeten Samen auch für die Herbeiführung einer Schwangerschaft bei einer Partnerin eines Frauenpaares[29] erweitert.

Als Samenspender charakterisiert das FMedG Männer, die gem § 13 FMedG das 18. Lebensjahr vollendet haben. Ein Höchstalter für den potenziellen Spender wird im Vergleich zur Eizellenspende nicht angeführt, sodass Männer grundsätzlich bis zu ihrem Tod spenden können.

Die Überlassung, Untersuchung, Aufbewahrung und Dokumentation der Spende von Ei- und Samenzellen ist ident in den §§ 9-16 FMedG geregelt. Das FMedG garantiert seit dem Inkrafttreten 1992 einen offenen Umgang mit Samenspenden, sodass dieser Ansatz auch für die Eizellenspende Anwendung findet. Demnach ermöglicht § 20 Abs 2 FMedG den mit den Eizellen und/oder Spermien einer dritten Person gezeugten Kindern ein Einsichts- und Auskunftsrecht hinsichtlich ihrer Abstammung nach Vollendung des 14. Lebensjahres. Zusätzlich darf das Zurverfügungstellen von Gameten nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein. § 16 FMedG statuiert daher ein Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot für Eizellen- und Samenspenden.

D. Empirische Studie zur Spendebereitschaft von Ei- und Samenzellen in Österreich[30]

Vor dem Hintergrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen für Samen- und Eizellenspenden in Österreich stellt sich die Frage, warum Männer und Frauen in diesem Spenderegime ihre Gameten zur Verfügung stellen sollten. Mit

---

[27] S *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer* (2015); *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2017) 45-59; *Flatscher-Thöni/Voithofer* (2019).

[28] VfGH 10.12.2013, G 16/2013-16, G 44/2013-14.

[29] Die beiden Frauen müssen in einer „auf Dauer angelegten", „stabilen" Beziehung leben. Infrage kommt eine Lebensgemeinschaft, eingetragene Partnerschaft sowie seit 1.1.2019 – aufgrund von VfGH 4.12.2017, G 258/2017 ua – auch eine Ehe.

[30] Die Studie „Gametenspende in Österreich" wird durch den *Tiroler Wissenschaftsfonds* (UNI – 0404/1965) unterstützt. Besonderer Dank für Teile der hier präsentierten empirischen Analyse der Daten gilt *Michaela Brugger*. *Michaela Brugger* verfasste im Rahmen des oben genannten *TWF* Projekts die Arbeit „Einstellung zur Samen- und Eizellenspende und deren Einflussfaktoren wie soziodemografische Merkmale, Einstellung zur Elternschaft und Motive", Bachelorarbeit, UMIT 2018.

anderen Worten erscheint es für eine Einschätzung der Ei- und Samenzellenspende in Österreich wertvoll, die Bedürfnisse, Interessen und Motive potenzieller Keimzellenspender_innen zu erfassen. Es soll hier also darum gehen, sowohl die weibliche Sichtweise hinsichtlich der Eizellenspende, wie auch die männliche Sichtweise bezüglich Samenspende zu erfassen, um damit soziodemographische, einstellungs- und motivbezogene Einflussfaktoren zu bestimmen.

1. Materialien und Methode

Die hier vorliegende Studie verfolgt die Zielsetzung, Einstellungen, Wahrnehmungen und Motive von möglichen Eizellespenderinnen und Samenspendern zu erheben und gleichzeitig die generelle Spendebereitschaft der untersuchten Population darzustellen. Dafür wurden zwei Fragebogenvarianten erarbeitet, eine weibliche und eine männliche, die grundsätzlich aus denselben Items bestehen und sich nur hinsichtlich der Eizellen- bzw Samenzellenspende unterscheiden. So gibt es eine männliche Fragebogenvariante, die sich nur auf die Samenspende fokussiert und eine weibliche, die auf die Eizellenspende abzielt. Durch diese geschlechterspezifische Ausrichtung der Befragung kann auf geschlechtsspezifische Unterschiede getestet werden.[31]

Im Detail umfassen die zwei Fragebogenvarianten soziodemographische Variablen, die generelle Spendebereitschaft von Samen oder Eizellen („Können Sie sich vorstellen, dass Sie selbst irgendwann in der Zukunft Eizellen bzw. Samen spenden?"), die generelle Einstellung zur Eizell- oder Samenspende (zB „Eine Samen- bzw. Eizellenspende ist eine gute Möglichkeit kinderlosen Paaren zu helfen."), Motive einer Spende von Eizellen oder Samen (Altruismus, Gene weitergeben, positiver Selbstwert, finanzielle Entschädigung, ausschließlich Familienmitgliedern, auch unbekannten Personen oder nahestehenden Personen spenden), Einstellung hinsichtlich der eigenen Keimzellen, sowie besonders begünstigende bzw hemmende Umstände der Spendebereitschaft.[32]

---

[31] Dem Forschungsteam ist bewusst, dass hinsichtlich der Invasivität und Belastung zwischen Ei- und Samenzellenspenden ein erheblicher Unterschied besteht.

[32] Skalen und Items stammen großteils von *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003) 2205-2215; *Purewal/van den Akker* (2009a) 19-26; *Purewal/van den Akker* (2009b) 499-515; *Cook/Golombok* (1995) 951-959; *Onah/Agbata/Obi* (2008) 96-99, *Provoost/Van Rompuy/Pennings* (2017) 107-118.

2. Teilnehmer_innen

Studierende dreier österreichischer Hochschulen erhielten via Email eine Einladung, an der Onlinebefragung bezüglich Eizellen- oder Samenzellenspende teilzunehmen.[33] Die Nachricht enthielt eine kurze Beschreibung der Studie sowie einen Link, der direkt zur Onlinebefragung führte. Für die Teilnahme an der Befragung gab es weder eine Aufwandsentschädigung noch eine andere Form der Vergütung. Zusätzlich wurde von jedem/jeder Teilnehmer_in eine Einverständniserklärung abgefragt sowie auf die Freiwilligkeit der Teilnahme, die Anonymisierung und den wissenschaftlichen Forschungszweck hingewiesen.

Zwischen April und Juni 2017 nahmen 914 Studierende an der Online Befragung teil, wovon 556 den Fragebogen vollständig ausfüllten. Die bereinigte Zufallsstichprobe besteht aus 379 Frauen und 177 Männern im Alter von 18 bis 56 Jahren. Die Entscheidung, auf Studierende als Studiengruppe zu setzen, beruht darauf, dass diese Personengruppe den potenziellen Spender_innen von Keimzellen (gemäß der gesetzlichen Vorgaben) stark ähnelt.

3. Erste deskriptive Ergebnisse[34]

a. Zum sozio-demographischen Hintergrund

Einzelne Punkte der Online Befragung fokussieren sich auf sozio-demographische Merkmale wie Nationalität, Alter, Anzahl der Geschwister, Religionszugehörigkeit, sexuelle Orientierung, Beziehungsstatus, eigene Kinder, durchschnittlich zur Verfügung stehendes Geld pro Monat, Erwerbstätigkeit und Studienrichtung. Basierend auf den damit vorliegenden Variablen setzt sich die Stichprobe aus 68 % Frauen und 32 % Männern zusammen, mit einem durchschnittlichen Alter von 25 Jahren. 62 % der Befragten studieren Medizin, 12 % Sozialwissenschaften, 5 % Rechtswissenschaften und 5 % Naturwissenschaften. 59 % der Befragten geben an, in einer stabilen Beziehung zu leben und 42 % definieren sich selbst als Single, also alleinlebend. Der größte Teil der befragten Personen, nämlich 90 % bezeichnen sich als hetero-

[33] Es liegt eine Unbedenklichkeitserklärung des RCSEQ der UMIT (GZ 2060) und des Beirats für ethische Fragen in der wissenschaftlichen Forschung der Universität Innsbruck (02/2017) für die Studie „Gametenspende in Österreich" vor. Die Ethikkommission der Medizinischen Universität Innsbruck befand, dass die Studie auf Grund ihres nicht-klinischen Charakters kein Votum der Ethikkommission benötigt.

[34] Im Rahmen der deskriptiven Statistik wurden für intervallskalierte Werte Mittelwerte und Standardabweichung und für nominalskalierte Werte Häufigkeitsverteilung berechnet.

sexuell und 92 % haben keine Kinder. 62 % fühlen sich einer Religionsgemeinschaft zugehörig und 23% leben ohne Konfession.

b. Zur allgemeinen Spendenbereitschaft von Keimzellen

Die Spendenbereitschaft wurde mit dem Einzelitem „Können Sie sich vorstellen, dass Sie selbst irgendwann in der Zukunft Eizellen bzw. Samen spenden?“ erhoben.[35] Es gab die Antwortmöglichkeiten „Ja“ (potentielle Spender_innen), „Nein“ (Nicht-Spender_innen) und „Vielleicht“ (unsichere Spender_innen).

Von den insgesamt 555 Befragten sind 133 (24 %) potentielle Spender_innen, 207 (37 %) Nicht-Spender_innen und 215 (39 %) unsichere Spender_innen. In der Gruppe der potentiellen Spender_innen sind 48 % Frauen und 52 % Männer, 68 % sind in der Gruppe der Nicht-Spender_innen Frauen, und nur 32 % Männer. Die Gruppe der unsicheren Spender_innen, also jene, die sich vielleicht vorstellen können, in der Zukunft Keimzellen zu spenden, setzt sich aus 76 % Frauen und 24 % Männern zusammen. Somit stellen Frauen den Großteil an unsicheren und Nicht-Spender_innen, womit Männer eine höhere Spendebereitschaft zeigen als Frauen, bezogen auf die Gruppe der potentiellen Spender_innen.

Die Mehrheit der Forschungsliteratur lässt darauf schließen, dass es in der Bevölkerung einen generellen Konsens (zwischen 72 % und 85 %) darüber gibt, dass Gametenspenden kinderlosen Paaren helfen können und die diesbezügliche Einstellung fällt daher generell positiv aus.[36] Trotz dieser positiven Einstellung ist die Spendenbereitschaft trotzdem auch laut internationalen Studien gering: es würden nur zwischen 15 % und 34 % der Männer ihren Samen spenden[37] und zwischen 17 % und 36 % der Frauen ihre Eizellen spenden.[38]

[35] *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003a) 2205-2215.
[36] *Hudson/Culley/Rapport/Johnson/Bharadwaj* (2009) 61-77; *Lui/Weaver* (1996) 2061-2066; *Provoost/van Rompuy/Pennings* (2017) 107-118; *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b) 1107-1114.
[37] *Onah/Agbata/Obi* (2008); *Provoost* et al (2017).
[38] *Purewal/van den Akker* (2009a); *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003a).

c. Zu motivbezogenen Merkmalen und der allgemeinen Einstellung zur Gametenspende und Elternschaft

Unter der Voraussetzung, dass das Item „Wären Sie grundsätzlich bereit, Ihre Eizelle/Ihren Samen anderen Personen zur medizinisch unterstützenden Fortpflanzung zur Verfügung zu stellen?" mit „Ja" beantwortet wurde, wurden anschließend mit dem Item „Ich würde meine Eizellen bzw. Samenzellen…" folgende Motive abgefragt: Altruismus, Gene weitergeben, positiver Selbstwert, finanzielle Entschädigung, ausschließlich Familienmitgliedern spenden, unbekannten Personen spenden und nahestehenden Personen spenden.[39] Das Antwortformat für die hier beschriebenen Skalen ist eine sechsstufige Likert-Skala mit (1) „stimme voll und ganz zu" bis (6) „stimme überhaupt nicht zu".

Die „allgemeine Einstellung zur Gametenspende" wurde mit fünf Items erhoben.[40] Beispielitems für diese Skala sind „Eine Samen- (Fragenbogen für die Männer) bzw. Eizellenspende (Fragebogen für die Frauen) ist eine gute Möglichkeit, kinderlosen Paaren zu helfen." und „Wer keine eigenen Kinder bekommen kann, sollte keine haben."

Die Skala „Einstellung zur Elternschaft" besteht aus sechs Items.[41] Beispielitems für diese Skala sind „Das Wichtigste im Leben ist es, Kinder zu bekommen." und „Mit Kindern ist die Selbstverwirklichung schwierig." Für die beiden Variablen „Einstellung zur Elternschaft" und „generelle Einstellung zur Gametenspende" wurden Faktoren gebildet.

Tabelle 5 weist die Mittelwerte und Standardabweichungen der generellen Einstellung zur Gametenspende, der Einstellung zur Elternschaft und der Motive gesamt und nach Spendebereitschaft aus.

[39] Die Items wurden vom Forscherteam basierend auf den oben angeführten Studien *Cook/Golombok* (1995); *Onah/Agbata/Obi* (2008); *Provoost* et al (2017); *Purewal/van den Akker* (2009a, 2009b) erstellt.
[40] S hierzu *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b).
[41] S hierzu *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003a)

Variablen	**Gesamt**			**Spendebereitschaft**								
				potentielle Spender_innen			**mögliche Spender_innen**			**Nicht-Spender_innen**		
	n	M	SD	n	M	SD	n	M	SD	n	M	SD
Einstellung Gametenspende	555	4.78	.88	133	5.28	.44	215	5.01	.56	207	4.21	1.04
Einstellung Elternschaft	555	3.57	.90	133	3.50	.91	215	3.46	.89	207	3.71	.87
Motive												
Altruismus	293	2.68	1.22	133	2.53	1.18	160	2.80	1.24			
Gene weitergeben	293	2.73	1.51	133	3.02	1.64	160	2.48	1.36			
Selbstwert	293	2.38	1.32	133	2.53	1.41	160	2.26	1.25			
Finanzielle Anreize	293	2.78	1.54	133	2.85	1.59	160	2.73	1.50			
Familienmgl.	293	1.97	1.04	133	1.73	.83	160	2.16	1.16			
Unbe. Personen	293	3.25	1.60	133	3.21	1.71	160	3.28	1.53			
Nahest. Personen	293	2.25	1.20	133	2.05	1.10	160	2.41	1.26			

Tabelle 5: Mittelwerte und Standardabweichungen der Einstellungen und Motive gesamt und nach Spendebereitschaft[42]

Aus Tabelle 5 lässt sich ableiten, dass sich die Mittelwerte hinsichtlich der allgemeinen Einstellung zur Gametenspende zwischen den Spender_innenkategorien unterscheiden: Potentielle Spender_innen zeigen eine positivere Einstellung zur Gametenspende als die unsicheren und die Nicht-Spender_innen. Zusätzlich implizieren die Mittelwertunterschiede, dass die Einstellung der Nicht-Spender_innen zur Elternschaft positiver ist als die der unsicheren und potentiellen Spender_innen.

Im Vergleich mit der aktuellen Studienlage zeigt sich in den Forschungsergebnissen von *Svanberg* et al (2003a) ein tendenziell anderes Bild: die Gruppe der potentiellen Eizellenspenderinnen ist der Elternschaft gegenüber nicht positiver eingestellt, als die unsicheren- oder die Nicht-Spenderinnen-Gruppen. Dem widerspricht die Studie von *Purewal* und *van den Akker* (2009a), die zum Ergebnis kommt, dass potentielle Eizellenspenderinnen die höchsten

[42] *Gruber* (2018). Die Motive wurden nur für die Kategorien potentielle Spender_innen und unsichere Spender_innen erhoben.

Werte bezüglich der Einstellung zur Elternschaft aufweisen, gefolgt von der Gruppe der unsicheren und der Nicht-Spenderinnen. Darüber hinaus wird gezeigt, dass Frauen die Elternschaft positiver, also mit höheren Werten einschätzen als Männer.[43] Konkrete männliche Evidenz hinsichtlich der Spendebereitschaft und Einstellung zur Elternschaft ist nicht bekannt.

Bezüglich der Motive lässt sich für die gesamte Studienpopulation festhalten, dass das Motiv „unbekannten Personen" zu helfen, die höchste Zustimmung erhält, gefolgt von den Motiven „finanzieller Anreiz", „Gene weitergeben" und „Altruismus". Das Motiv „Familienmitgliedern" zu helfen, weist die geringste Zustimmung auf. Bezogen auf die Spender_innenkategorien wird ersichtlich, dass das Motiv „Gene weitergeben" von den potentiellen Spender_innen höher bewertet wird als von den unsicheren Spender_innen. Für das Motiv „Selbstwert" zeigt sich der Haupteffekt dahingehend, dass potentielle Spender_innen höhere Werte haben als unsichere Spender_innen. Das Motiv „nahestehenden Personen" zu spenden ist für Personen in der Gruppe der unsicheren Spender_innen relevanter als für Personen aus der Gruppe der potentiellen Spender_innen.

Wirft man nun einen Blick auf die Unterschiede zwischen Männern und Frauen hinsichtlich der Motivlage in den Gruppen potentielle bzw unsichere Spender_innen, so ergibt sich ein differenziertes Bild: Die Frauen in der Gruppe der potentiellen Spenderinnen, also jene, die sich vorstellen können in Zukunft Eizellen zu spenden, geben als stärkste Motive „unbekannten Personen" helfen, gefolgt von finanziellen Anreizen und dem eigenen Selbstwert an. Die Frauen, die sich nicht sicher über ihre Spendebereitschaft äußern können, also die unsicheren Spenderinnen, weisen eine ähnliche Motivlage auf, nur ist hier Altruismus als drittwichtigstes Motiv genannt.

Die Gruppe der männlichen potentiellen Spender zeigt eine andere Motivlage. Hier steht das Motiv „Gene weitergeben" an erster, „unbekannten Personen helfen" an zweiter und finanzielle Anreize an dritter Stelle. Unsichere männliche Spender wollen primär „unbekannten Personen" helfen, aber auch aus altruistischen Gründen spenden (Altruismus) und ihre Gene weitergeben.

Vergleicht man diese deskriptiven Ergebnisse mit der internationalen empirischen Evidenz, so lassen sich ähnliche Motivationslagen für Samen- und Eizellenspender_innen erkennen. Potentielle Samenspender nennen Altruismus als eines der wichtigsten Motive für ihre Spende (meist um die 90 %), gefolgt von finanziellen Gründen und Gründen, die sich auf einen persönlichen Vorteil bzw Nutzen für den Spender beziehen (Weitergabe der Gene, freier Ferti-

[43] *Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist* (2003b).

litätstest und Zufriedenheit).[44] In einigen anderen Studien überwiegen finanzielle Gründe, va bei jungen Spendern unter 25 Jahren.[45] Basierend auf der internationalen Literatur ist für Eizellenspenderinnen Altruismus eines der wichtigsten Motive für eine mögliche Eizellenspende.[46] Ein weiteres, oft genanntes Motiv ist der finanzielle Anreiz.[47]

4. Limitationen

Der vorliegenden Studie liegt eine Ad-Hoc-Stichprobe zu Grunde, die ausschließlich mit Studierenden durchgeführt wurde, wobei fast 60 % der Studienteilnehmer_innen Medizin studieren. Der große Anteil an Medizinstudierenden, die aufgrund ihres Studiums einen anderen Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Themen haben, wie auch das Wissen, dass Studierende tendenziell eine höhere Spendebereitschaft als die Bevölkerung aufweisen[48], führen dazu, dass die Ergebnisse der vorliegenden Studie nicht für die Allgemeinbevölkerung generalisiert werden können. Auch ist das Antwortverhalten iSv sozialer Erwünschtheit und „impression management" kritisch zu hinterfragen.[49]

E. Ausblick

Ziel der vorliegenden Studie ist es, die Spendebereitschaft und die allgemeine Einstellung gegenüber der Gametenspende in Österreich besser zu verstehen. Auch wenn die in diesem Beitrag präsentierten empirischen Ergebnisse nur einen deskriptiven Blick auf den vorhandenen Datensatz werfen, so wird dennoch bereits ersichtlich, welche Aussagekraft in den Daten steckt.

Demographische Merkmale, Motive und die Einstellung zur Elternschaft können laut dem aktuellen Forschungsstand sowohl einen Einfluss auf die Spendebereitschaft als auch auf die allgemeine Einstellung zur Gametenspende haben.[50] Um diesen Hinweisen aus der internationalen Literatur nachzugehen, arbeitet die Forschungsgruppe aktuell sowohl an Fragen hinsichtlich der

---

[44] *Onah/Agbata/Obi* (2008); *Provoost* et al (2017).
[45] *Cook/Golombok* (1995).
[46] *Sauer/Ary/Paulson* (1994) 147-151; *Söderström-Anttila* (1995) 3073-3076; *Yee/Hitkari/Greenblatt* (2007) 2040-2050
[47] *Kalfoglou/Gittelsohn* (2000) 798-805.
[48] *Lyall/Gould/Cameron* (1998) 771-775.
[49] *Brugger* (2018) 36
[50] *Provoost* et al (2017); *Purewal/van den Akker* (2009a); *Svanberg* et al (2003a).

Prädiktoren und Determinanten der Spendebereitschaft wie auch der Geschlechterunterschiede hinsichtlich der Spendebereitschaft.

Durch die von uns erhobenen Daten ist es möglich, einen rechtstatsächlichen Einblick in die potentielle Anbieter_innenseite des österreichischen „Spendesystems“ für Gameten zu gewinnen und damit einen systematischen Überblick zu erhalten. Die vorliegende Studie kann demnach als ein Element für die im letzten Tagungsbandbeitrag[51] geforderte empirische Begleitforschung zur umfassenden Novellierung des Fortpflanzungsmedizinrechts, die im Jahr 2015 erfolgt ist, gesehen werden.

[51] *Voithofer/Flatscher-Thöni* (2018) 84.

Literatur

Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt 2012: Stellungnahme „Reform des Fortpflanzungsmedizinrecht“ (2012).

Blyth/Frith 2008: The UK’s gamete donor ‘crisis’ - a critical analysis, Critical Social Policy 2008/1, 74-95.

Böttcher 2019: Medizinisches Glossar, in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2019) 1-14.

Brugger 2018: Einstellung zur Samen- und Eizellenspende und deren Einflussfaktoren wie soziodemografische Merkmale, Einstellung zur Elternschaft und Motive, Bachelorarbeit, UMIT 2018.

Cook/Golombok 1995: A survey of semen donation: phase II--the view of the donors, Human Reproduction 1995/4, 951-959.

Faber 2019: § 16 FMedG, in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2019) 300-387.

Flatscher-Thöni/Voithofer (Hg) 2019: FMedG und IVF-FondsG. Fortpflanzungsmedizingesetz und In-vitro-Fertilisations-Fonds-Gesetz. Mit relevanten Bezügen zum Gewebesicherheitsrecht, Gentechnikgesetz, sowie IPR und Europarecht (2019).

Flatscher-Thöni/Voithofer 2017: Eizellenspende und PID: Offene Fragen des FMedRÄG 2015, Imago Hominis 2017/1, 45-59.

Flatscher-Thöni/Voithofer/Böttcher/Werner-Felmayer 2019: § 3 FMedG, in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2019) 142-153.

Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer 2015: Fortpflanzungsmedizingesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen? juridikum 2015, 26-34.

Gesundheit Österreich 2017: Statistik gemäß § 21 FMedG. Jahresbericht 2016 (2017).

Gesundheit Österreich 2018: Statistik gemäß § 21 FMedG. Jahresbericht 2017 (2018).

Hollerweger 2001: Die Rolle von ehrenamtlicher Arbeit und Spenden in Österreich, Working Papers/Institut für Sozialpolitik 2001/8.

Hudson/Culley/Rapport/Johnson/Bharadwaj 2009: ‘Public’ perceptions of gamete donation: a research review, Public Understanding of Science 2009/1, 61-77.

Kalfoglou/Gittelsohn 2000: A qualitative follow-up study of women’s experiences with oocyte donation, Human Reproduction 2000/4, 798-805.

Lui/Weaver 1996: Attitudes and motives of semen donors and non-donors, Human Reproduction 1996/9, 2061-2066.

Lyall/Gould/Cameron 1998: Should sperm donors be paid? A survey of the attitudes of the general public, Human Reproduction 1998/3, 771-775.

Onah/Agbata/Obi 2008: Attitude to sperm donation among medical students in Enugu, South-eastern Nigeria Journal of Obstetrics and Gynaecology: The Journal of the Institute of Obstetrics and Gynaecology 2008/1, 96-99.

Pennings 2007: Mirror gametes donation, Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynaecology, 2007/4, 187-191.

Provoost/Van Rompuy/Pennings 2017: Non-donors’ attitudes towards sperm donation and their willingness to donate, Journal of Assisted Reproduction and Genetics 2017/1, 107-118.

Purewal/van den Akker 2009a: Attitudes and intentions towards volunteer oocyte donation, Reproductive BioMedicine Online 2009/19, 19-26.

Purewal/van den Akker 2009b: Systematic review of oocyte donation: investigating attitudes, motivations and experiences. Human Reproduction Update 2009/5, 499-515.

Sauer/Ary/Paulson 1994: The demographic characterization of women participating in oocyte donation: a review of 300 consecutively performed cycles, International Journal of Gynaecology and Obstetrics: The Official Organ of the International Federation of Gynaecology and Obstetrics 1994/2, 147-151.

Söderström-Anttila 1995: Follow-up study of Finnish volunteer oocyte donors concerning their attitudes to oocyte donation, Human Reproduction 1995/11, 3073-3076.

Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist 2003a: Characterization of potential oocyte donors in Sweden, Human Reproduction 2003/10, 2205-2215.

Svanberg/Lampic/Bergh/Lundkvist 2003b: Public opinion regarding oocyte donation in Sweden, Human Reproduction 2003/5, 1107-1114.

Torjesen 2014: Clinics are importing more foreign sperm to meet UK demand for IVF, BMJ 2014, 1.

Voithofer 2016: Eltern-Kind-Verhältnisse im Spannungsfeld genetische rund sozialer Beziehungen. Ein Streifzug durch das österreichische Familienrecht, FamPra.ch 2016/2, 422.

Voithofer/Flatscher-Thöni 2018: Solidaritätsaspekte bei der Drittspende von Keimzellen für medizinisch unterstützte Fortpflanzung, in Ganner/Voithofer (Hg) Recht & Solidarität. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IX (2018) 53-83.

Voithofer/Thöni 2011: Let's Go Sperm Shopping. Rechtliche Beschränkungen und faktische Möglichkeiten, juridikum 2011, 244-260.

Voithofer/Flatscher-Thöni/Böttcher/Werner-Felmayer 2019: § 1 FMedG, in: Flatscher-Thöni/Voithofer (2019) 35-55.

Yee/Hitkari/Greenblatt 2007: A follow-up study of women who donated oocytes to known recipient couples for altruistic reasons, Human Reproduction 2007/7, 2040-2050.

Zegers-Hochschild et al for ICMART and WHO 2009: International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) revised glossary of ART terminology (2009).

Ass.-Prof.[in] Dr.[in] Magdalena Flatscher-Thöni
Institut für Public Health, Medical Decision Making und HTA
UMIT - University for Health Sciences, Medical Informatics and Technology
EWZ I
A-6060 Hall in Tirol
Telefon: 050 8648 3896
madgalena.flatscher-thoeni@umit.at

Univ.-Ass.[in] Dr.[in] Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-81 213
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Ao. Univ.-Prof.[in] Dr.[in] Gabriele Werner-Felmayer
Sektion für Biologische Chemie und Bioethik Netzwerk ethucation
Medizinische Universität Innsbruck
Innrain 80
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 9003-70341
gabriele.werner-felmayer@i-med.ac.at

Dr.[in] med. Bettina Böttcher, MA
Klinik für Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin
Department Frauenheilkunde, Medizinische Universität Innsbruck
Anichstrasse 35
A-6020 Innsbruck
Telefon:0512 504-81250
bettina.boettcher@i-med.ac.at

Ao. Univ.-Prof.[in] Dr.[in] Astrid Lampe
Department Psychiatrie und Psychotherapie
Universitätsklinik für Medizinische Psychologie
Medizinische Universität Innsbruck
Schöpfstrasse 23a
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 504-26224
astrid.lampe@i-med.ac.at

Ass.-Prof. Dr. Wilhelm Geser
Institut für Psychologie, Universität Innsbruck
Innrain 52f
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507-56020
willi.geser@uibk.ac.at

Assoz.-Prof.[in] Univ.-Doz.[in] Dr.[in] Claudia Schusterschitz
Institut für Psychologie
Department für Psychologie und Medizinische Wissenschaften
UMIT- University for Health Sciences, Medical Informatics and Technology
EWZ I
A-6060 Hall in Tirol
Telefon: 050 8648 3886
claudia.schusterschitz@umit.at

Anna Schwedler

Gewalt gegen alte Menschen in häuslicher Pflege

A. Einleitung

Das Erwachsenenschutzrecht erfreut sich zunehmend einer größeren Beliebtheit. Dennoch bleibt ein Bereich nach wie vor weitgehend unbeachtet: Die Gewalt gegen alte Menschen in häuslicher Pflege wird aus juristischer Sicht wenig thematisiert. Dies ist verwunderlich, da das Thema an Bedeutung gewinnt.

B. Hintergrund

Laut der aktuellsten Pflegestatistik des dt statistischen Bundesamtes werden von den insgesamt 3,4 Mio Pflegebedürftigen iSd Pflegeversicherungsrechts 2,59 Mio Menschen zu Hause versorgt. Dies entspricht den Wünschen der meisten Betroffenen[1] und ist zudem auch sozialpolitisch erwünscht (vgl § 3 SGB XI). 1,76 Mio Menschen werden ausschließlich von Angehörigen zu Hause gepflegt. Hinzu kommt eine geschätzte Zahl von ca 3 Mio Menschen, welche keine Leistungen aus dem Pflegeversicherungsrecht beziehen, aber dennoch häuslich gepflegt werden.[2] Die Pflege und Betreuung zu Hause führt Pflegende und Gepflegte vielfach an die Grenzen ihrer körperlichen und psychischen Belastbarkeit.[3] Daraus können sich Probleme ergeben, die zu grenzüberschreitenden Übergriffen oder zur Vernachlässigung führen können. Das Schwierige daran ist, dass die körperlichen und seelischen Verletzungen der Opfer in der häuslichen Pflege meist unentdeckt bleiben. Es kann sein, dass das Opfer eventuell gar nicht mehr in der Lage ist, die Viktimisierung als solche zu erkennen und/oder die entsprechenden Hilfe und Strafverfolgungsmaßnahmen einzuleiten. Andere Opfer wollen wiederum keine Hilfemaßnahmen ergreifen, da es sich ihrer Ansicht nach, um reine Familienangelegenheiten handle. Hinzu kommt, dass die häusliche Pflege häufig für beide Seiten zur Isolation führt.

---

[1] *Oswald* et al (2013) 46f.

[2] *Schneekloth/Wahl* (2005) 62; *Geyer/Schulz* (2014) 295. Allerdings bleibt abzuwarten, ob sich diese Zahl verkleinern wird, da der Pflegebegriff nach §§ 14, 15 SGB XI erweitert wurde, folglich mehr Menschen unter den Pflegebedürftigkeitsbegriff fallen dürften.

[3] *Schwedler/Konopik* et al (2017) 294.

Erste empirische Studien bestätigen dies und weisen darauf hin, dass zu den bekannt werdenden Fällen eine erhebliche Anzahl im Dunkelfeld hinzuzurechnen ist.[4] In einer Studie von *Görgen* et al aus dem Jahre 2009, durchgeführt vom Kriminologischen Forschungsinstitut Niedersachsen, wurden pflegende Angehörige befragt, ob sie in den letzten zwölf Monaten „problematische Verhaltensweisen" gegenüber den Pflegebedürftigen angewendet haben. Als Beispiele hierfür wurden das Anschreien, Schupsen, Stoßen, Fixieren, körperliche Übergriffe, psychische Herabwürdigungen und die Vernachlässigung genannt.[5] Insgesamt gaben 53,2 % der pflegenden Angehörigen an, dass sie in den letzten 12 Monaten solche problematischen Verhaltensweisen gegenüber ihren versorgungsabhängigen Angehörigen aufgewiesen haben.[6] Körperliche Übergriffe wie zB eine Ohrfeige oder grobes Anfassen liegen dabei bei 19,4 %.[7] Im Rahmen einer neuen Studie aus dem Jahre 2018 des *ZQP*[8] gaben 32 % der Befragten zu, selbst psychische Gewalt gegenüber dem Pflegebedürftigen ausgeübt zu haben.[9] 11 % der Befragten räumten Vernachlässigung ein; 12 % gestanden die Anwendung körperlicher Gewalt.[10]

C. Gewaltschutz in der häuslichen Pflege

1. In Deutschland

Zunächst ist hervorzuheben, dass der Staat verpflichtet ist, sich schützend vor den versorgungsabhängigen, pflegebedürftigen (alten) Menschen zu stellen und grundsätzlich dafür Sorge zu tragen hat, diesen vor Gewaltanwendungen zu schützen. Hintergrund ist – wie auch das BVerfG wiederholt ausgeführt hat –, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art 2 Abs 2 Satz 1 GG den Einzelnen nicht nur vor entsprechenden staatlichen Eingriffen schützen soll, sondern dass die Grundrechte den Staat und seine Organe auch dazu verpflichten, sich schützend vor seine Bürger zu stellen.[11] Nun ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber diverse Gesetze erlassen hat, die gerade auch den Schutz alter und gebrechlicher Menschen gewährleisten sollen. Positiv sind va die gesetzgeberischen Bemühungen hervorzuheben,

---

[4] *Görgen* et al (2009) 21.
[5] *Görgen* et al (2009) 21.
[6] *Görgen* et al (2009) 21.
[7] *Görgen* et al (2009) 21.
[8] Zentrum für Qualität in der Pflege.
[9] *Eggert/Schnapp/Suhlmann* (2018) 8, 18ff.
[10] *Eggert/Schnapp/Suhlmann* (2018) 8, 18ff.
[11] BVerfG, FamRZ 2016, 1741.

welche den Schutz durch die grundlegende Erneuerung des Begriffs der Pflegebedürftigkeit und den Ausbau der gesetzlich vorhandenen Leistungen erweitert haben.[12] Dennoch existiert kein in sich geschlossenes Normgefüge, welches Gefährdungen in der häuslichen Pflege wirksam vorbeugt, zur Aufdeckung beitragen kann und als ultima ratio auch hilfeorientierte Maßnahmen im Rahmen der Intervention zulässt.[13] So fehlt es bspw an einer bundesweiten Norm, welche Gewalt in der häuslichen Pflege ächtet.[14]

2. Im Ausland am Beispiel des elder abuse

Werden die gesetzlichen Regelungen in den USA, in Japan und in Schottland zu *elder abuse* in Grundzügen betrachtet, fällt auf, dass diese Länder umfassende Normen zum Schutz älterer bzw erwachsener Menschen vor Gewalt erlassen haben. Die Regelungen variieren in den Ländern zT erheblich. So gibt es in Japan im Verdachtsfalle von *elder abuse* Meldepflichten für alle Menschen[15], während in den USA meistens nur Meldepflichten für Professionelle existieren[16]. In Schottland wiederum besteht die Meldepflicht wiederum überwiegend nur für Behörden.[17] Auch die Ermittlungsbefugnisse und Interventionsmöglichkeiten der zuständigen Stellen sind sehr unterschiedlich. In Schottland kann zB die zuständige Stelle das Gericht anrufen, um Schutzanordnungen zugunsten des einwilligungsunfähigen Betroffenen zu beantragen.[18] In Japan kann die zuständige Stelle den Betroffenen selbst bei einem schweren Fall von *elder abuse* aus der Wohnung herausnehmen.[19] In den USA spielt wiederum auch die strafrechtliche Seite von *elder abuse* eine große Rolle, da *elder abuse* zumeist auch ein eigenes strafrechtliches Delikt darstellt.

---

[12] Pflegestärkungsgesetz I, dt BGBl 2014 I, 2222. Die Auswirkungen dieser Änderungen sind indes zu überprüfen.
[12] Pflegestärkungsgesetz II, dt BGBl. 2015 I, 2424.
[13] *Zenz* (2007) 131ff; *Zenz/Pohlmann* (2014) 97ff.
[14] *16. Dt Familiengerichtstag* (2005) 15.
[15] § 7 Abs 1 Elder Abuse Prevention and Caregiver Support Law.
[16] ZB im Staat Washington: Art 74.34.035 Revised Code of Washington.
[17] Sec 5 Adult Support and Protection (Scotland) Act 2007.
[18] Sec 11, 14, 19 Adult Support and Protection (Scotland) Act 2007.
[19] § 9 Abs 2 Elder Abuse Prevention and Caregiver Support Law.

D. Ausblick

Das Forschungsprojekt *VERA* (Interdisziplinäre Untersuchung zu Rechtsschutzdefiziten und Rechtsschutzpotentialen bei Versorgungsmängeln in der häuslichen Pflege alter Menschen)[20] befasst sich als interdisziplinäres Forschungsprojekt mit Gewalt in der Pflegebeziehung aus einer rechts- und sozialwissenschaftlichen Perspektive. Im Fokus stehen Pflegebedürftige iSd Pflegeversicherungsrechts, welche ausschließlich von Angehörigen gepflegt werden. Ziel des Projektes war es, Handlungsempfehlungen für die Gesetzgebung und die Verwaltung zu entwerfen, um auf diese Weise zur Gewaltprävention, zur besseren Aufdeckung von Gewalt und zur Intervention beizutragen. Es wurden 16 Empfehlungen bislang vorgestellt.[21] Diese basieren auf den vorhandenen rechtlichen Schutzkonzepten des Kinder- und Jugendschutzes sowie auf den rechtlichen Regelungen aus dem Ausland.

[20] Das Projekt VERA wurde gefördert vom Pflegebevollmächtigten der Bundesregierung. Beteiligt waren: *Schwedler/Wellenhofer/Zenz/Salgo/Konopik/Oswald.*
[21] www.jura.uni-frankfurt/42806044/Projekt_VERA (28.01.2019).

Literatur

16. Dt Familiengerichtstag 2005: AK 15: Familiale Gewalt im Alter (2005).

Eggert/Schnapp/Sulman 2018: Aggression und Gewalt in der informellen Pflege, ZQP-Analyse, www.zqp.de/wp-content/uploads/ZQP_Analyse_Gewalt_informelle_Pflege.pdf (04.02.2019).

Geyer/Schulz 2014: Informelle Pflege. Who Cares? Die Bedeutung der informellen Pflege in Deutschland durch Erwerbstätige in Deutschland, DIW Wochenbericht 2014, 294-301.

Görgen/Herbst/Kotlenga/Nägele/Rabold 2009: Kriminalitäts- und Gewalterfahrung im Leben älterer Menschen, Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse einer Studie zu Gefährdungen ältere und pflegebedürftiger Menschen (2009).

Oswald/Kaspar/Frenzel-Erkert/Konopik 2013: Hier will ich wohnen bleiben! Ergebnisse eines Frankfurter Forschungsprojektes zur Bedeutung des Wohnens in der Nachbarschaft für gesundes Altern (2013).

Schneekloth/Wahl 2005: Möglichkeiten und Grenzen selbständiger Lebensführung in privaten Haushalten (MuG III): Repräsentativbefunde und Vertiefungsstudien zu häuslichen Pflegearrangements, Demenz und professionellen Versorgungsangeboten (2005).

Schwedler/Konopik et al 2017: Gewalt gegen alte Menschen in häuslicher Pflege. Kurzportrait eines interdisziplinären Forschungsprojektesm ZfGG 2017, 294.

Zenz/Pohlmann 2014: Welche Rechte braucht die alternde Gesellschaft? in: Hammerschmid /Pohlmann, Gelindes Alter(n) und Soziale Arbeit (2014) 97-122.

Zenz 2007: Autonomie und Abhängigkeit – familienrechtliche Schutzbelange im Alter, in: Igl/Klie (Hg) Das Recht der älteren Menschen (2007) 131-172.

Dr.[in] Anna Schwedler
Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft
Goethe-Universität Frankfurt
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
D-60323 Frankfurt am Main
Telefon: 0049 69 798 34 239
schwedler@jur.uni-frankfurt.de

Kristina Stoeckl/Kseniya Medvedeva

Menschenrechte unter Druck: Russland als Verteidiger „traditioneller Werte" vor den Vereinten Nationen

A. Einführung[1]

Die Arbeit der Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen und ihrer Nachfolgerinstitution, des Menschenrechtsrates der Vereinten Nationen (MRVN), war von Anbeginn von einer Auseinandersetzung zwischen zwei Positionen geprägt. Auf der einen Seite setzten sich Vertreter von Staaten und von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) für die Umsetzung von transversal gültigen, universellen Menschenrechtsnormen ein, auf der anderen Seite argumentierten Akteure, dass Menschenrechte in jeweils ganz bestimmten religiösen, kulturellen und politischen Kontexten verwirklicht und damit relativiert werden müssen.[2] „Universalisten" und „Kontextualisten" streiten sich seither um die richtige Interpretation und globale Umsetzung der Menschenrechte, wie sie in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte 1948 festgelegt wurden. Universalisten fördern die aktive Ausdehnung des Begriffs und Rechtsinstruments der Menschenrechte auf all jene Menschen und Gruppen, die potenziellen Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt sind, bisher aber nicht explizit als Gegenstand der Menschenrechte gesehen wurden, da es sich bei diesen zuerst einmal ja um ein Instrumentarium der Regulierung des Verhältnisses von Staat und Individuum handelt, nicht von Staat und (Mehrheits)Gesellschaft. Frauen, Kinder, LGBTQ, beeinträchtige Menschen und andere marginalisierte und stigmatisierte Gruppen werden somit in den Fokus der Menschenrechte gerückt. Kontextualisten hingegen sprechen sich gegen die universelle Anwendung immer detaillierterer Definitionen von Menschenrechten und deren möglichen Verletzungen aus. Sie verweisen auf religiöse, kulturelle und historische Traditionen als legitime Quellen für Normen, die eine Gesellschaft regieren, und befürworten eine restriktive Anwendung der Menschenrechtsnormen. Sowohl Universalisten als auch Kontextualisten nutzen aktiv den Menschenrechtsdiskurs der UNO und ihre Verfahren und Institutionen. Kontextualisten tun dies allerdings mit einem restriktiven Ziel, das der Sache der universalistischen Menschenrechtsverfechter und wohl auch der UN-Bürokratie selbst diametral entgegengesetzt ist. Die Argumente der Kon-

---

[1] Dieser Beitrag ist die gekürzte und ins Deutsche übersetzte Fassung des Artikels *Stoeckl/Medvedeva* (2018). Der Artikel wurde mit Unterstützung des Europäischen Forschungsrates (POSEC, ERC STG 2015 676804) verfasst.
[2] *Alston/Goodman* (2012); *Lenzerini* (2014).

textualisten werden daher von Universalisten häufig als Angriff auf die Menschenrechte interpretiert und als Rückschritt („backlash“) gesehen[3]. Trotz der Tatsache, dass kontextualistische Argumente in einer innerwestlichen Debatte verwurzelt sind[4], wird die menschenrechtliche Skepsis va mit den Ländern Afrikas, Asiens und des Nahen Ostens (dem „globalen Süden“) in Verbindung gebracht, während die universalistische Position mit den westlichen liberalen demokratischen Ländern assoziiert wird.

Die universalistisch-kontextualistische Debatte gewann im Jahr 2009 an Intensität, als der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen (MRVN) eine Reihe von Resolutionen zum Thema „traditionelle Werte“ diskutierte. Anführer dieser Diskussion war die Russische Föderation, die als Hauptverfechterin der Resolution „Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch ein besseres Verständnis der traditionellen Werte der Menschheit“[5] fungierte. Die Initiative fand mehrheitlich Unterstützung bei den nicht-westlichen Ländern. Im Jahr 2014 löste eine Resolution zum „Schutz der Familie“ eine Kette von Aktivitäten aus, die in die Fußstapfen der Resolution[6] „Traditionelle Werte“ trat. Diese Resolution wurde erneut von der Russischen Föderation mitinitiiert und konnte auf einen großen Kreis von Unterstützern aus den nicht-westlichen Ländern zählen.

Die von Russland geführte Agenda der „traditionellen Werte“ könnte als ein weiteres Kapitel kontextualistischer Opposition gegen die universalistische Anwendung der Menschenrechte und als Nachfolger des kulturellen Menschenrechts-Relativismus interpretiert werden, der in der Vergangenheit von der Organisation Islamischer Staaten oder Ländern aus dem globalen Süden gefördert wurde[7]. Dieser Artikel versucht, eine solche verkürzende Interpretation zu vermeiden und stattdessen die Beobachtung von *Christopher McCrudden* zu vertiefen, dass die Agenda der „traditionellen Werte“ neue politische Aspekte aufweist[8]. Laut *McCrudden* reagieren die Resolutionen zu „Traditionellen Werten“ und „Schutz der Familie“ auf jüngere Entwicklungen in der internationalen Menschenrechtspraxis. Es gehe dabei um die Frage, ob die Men-

[3] *Marshall* (2017) 129.
[4] Die kontexualistische, kulturrelativistische und rechtsskeptische Positionen zu den Menschenrechten wurden erstmals 1947 in einer Erklärung des Vorstands der American Anthropological Association formuliert, die besagt, dass Rechte in verschiedene Kulturen integriert werden müssen, und zwar durch „die einzig richtige und richtige Lebensweise, die ihnen bekannt ist, die Institutionen, Sanktionen und Ziele, die die Kultur ihrer jeweiligen Gesellschaft ausmachen”. Zitiert in *McCrudden* (2014) 4.
[5] *UNHRC* (2009).
[6] *UNHRC* (2014a).
[7] *McCrudden* (2014) 3.
[8] *McCrudden* (2014) 5

schenrechte in erster Linie auf Handlungen des Staates oder auch nichtstaatlicher Akteure Anwendung finden, ob die Menschenrechte dem Staat überwiegend negative Verpflichtungen oder auch positive Verpflichtungen auferlegen und ob die Menschenrechte in erster Linie den Schutz bürgerlicher und politischer Rechte oder auch wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte betreffen[9]. Die Resolutionen zum „Schutz der Familie" wiederum zielte va auf eine von *McCrudden* hervorgehobene Entwicklung ab, nämlich die Tatsache, dass die internationalen Menschenrechte zunehmend „private" Bereiche wie sexuelle Moral und innerfamiliäre Beziehungen berühren, die früher für internationale Interventionen als ungeeignet galten und fest in der Souveränität der Unterzeichnerstaaten lagen. Die „Traditionelle Werte" Agenda lehnt die gleichgeschlechtliche Ehe, die in den westlichen Ländern verbreitet zur Rechtsnorm geworden ist, entschieden ab. Es müssen daher sowohl die Resolution „Traditionelle Werte" als auch die Resolution „Schutz der Familie" als Versuche interpretiert werden, rechtliche Fortschritte bei der Gleichstellung in Fragen der sexuellen Orientierung und der Geschlechteridentität zu stoppen.

Die russische traditionalistische Agenda im MRVN stellt eine Form des illiberalen Normprotagonismus dar, welcher trotz scheinbarer Kontinuitäten mit vergangenen Auseinandersetzungen zwischen Universalisten und Kontextualisten erneute Aufmerksamkeit verdient. Die von Russland ausgehende normative Herausforderung für die internationale Rechtsordnung legt bestehende Fragmentierungen im internationalen Menschenrechtsrechtsdiskurs entlang ideologischer Linien offen.

B. Die Ursprünge der von Russland geleiteten traditionalistischen Agenda im Menschenrechtsdiskurs der russisch-orthodoxen Kirche

Die von der Russischen Föderation im MRVN beförderte Resolution „Traditionelle Werte" hat ihren Ursprung im Menschenrechtsdiskurs der Russischen Orthodoxen Kirche, insb in deren Interpretation des Art 29 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.[10] Die Russisch-Orthodoxe Kirche interpre-

[9] *McCrudden* (2014) 5-6

[10] „1. Jeder hat Pflichten gegenüber der Gemeinschaft, in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist. 2. Jeder ist bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten nur den Beschränkungen unterworfen, die das Gesetz ausschließlich zu dem Zweck vorsieht, die Anerkennung und Achtung der Rechte und Freiheiten anderer zu sichern und den gerechten Anforderungen der Moral, der öffentlichen Ordnung und des allgemeinen Wohles in einer demokrati-

tierte Art 29 als Legitimation des Arguments, dass gesellschaftliche Moralvorstellungen, Traditionen und Sitten Leitnormen für die Interpretation der Menschenrechte darstellen sollten.[11] Dabei präsentiert sich die russisch-orthodoxe Kirche als im Einklang mit der ursprünglichen Absicht der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte. Der damalige Metropolit und Leiter der Abteilung für Außenbeziehungen des Moskauer Patriarchats (und heutiger Patriarch von Moskau) *Kirill* erklärte diese „Universalisierung" des kontextualistischen Standpunkts folgendermaßen:

„Ich bin überzeugt, dass die Sorge um spirituelle Bedürfnisse, die im Übrigen auf traditioneller Moral beruhen, in den öffentlichen Bereich zurückkehren sollte. Die Einhaltung moralischer Standards muss zu einem sozialen Anliegen werden. Es ist der Mechanismus der Menschenrechte, der diese Rückkehr aktiv ermöglichen kann. Ich spreche von einer Rückkehr, denn die Norm der Entsprechung der Menschenrechte mit traditioneller Moral findet sich bereits in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948."[12]

Im Mittelpunkt steht für den Patriarchen also nicht, wie die Menschenrechte den Einzelnen schützen, sondern wie sie ihn befähigen, bestimmte Dinge zu tun. Der Patriarch will eine Begrenzung der Ermöglichungsseite der Menschenrechte festlegen. Diese Grenze wird in seinen Worten durch die „traditionelle Moral" definiert. Die Allgemeine Erklärung, die der Patriarch hier als seine Quelle anführt, enthält allerdings den Begriff „traditionelle Moral" gar nicht, sondern spricht stattdessen von „Forderung nach Moral [...] in einer demokratischen Gesellschaft". Mit anderen Worten, die Allgemeine Erklärung sieht zwar Grenzen für die Menschenrechte vor, aber diese Grenzen werden als das Ergebnis eines demokratischen Prozesses verstanden. Der Patriarch verdreht die Bedeutung von Art 29, wenn er mit Hilfe der „traditionellen Moral" die öffentliche Moral vom Wandel durch demokratische Überlegungen abschottet und stattdessen vergangene Praktiken und Sitten als Quellen der Legitimität bevorzugt. Genau dieses Argument steht hinter der traditionalistischen Agenda, die von Russland im MRVN befördert wurde, und um die es im nächsten Abschnitt geht.

---

schen Gesellschaft zu genügen. 3. Diese Rechte und Freiheiten dürfen in keinem Fall im Widerspruch zu den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen ausgeübt werden." Art 29 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte.

[11] *Stoeckl* (2014, 2016).

[12] *Metropolitan Kirill* (2005).

C. „Traditionelle Werte" und „Schutz der Familie" im MRVN

1. „Traditionelle Werte"

Die Resolutionen zum Thema „Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch ein besseres Verständnis der traditionellen Werte der Menschheit" erstrecken sich über einen Zeitraum von 2009 bis 2013 und umfassen insgesamt 6 UN-Dokumente. Die erste Resolution 12/21 wurde vom Vertreter der Russischen Föderation im Menschenrechtsrat, *Waleri Loschtschinin*, vorgelegt. Darin wurde gefordert, „2010 einen Workshop zu einem Meinungsaustausch darüber einzuberufen, wie ein besseres Verständnis der traditionellen Werte der Menschheit die internationalen Menschenrechtsnormen und -standards untermauern und zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten beitragen kann"[13]. Diese Resolution wurde gegen die Stimmen der westlichen Länder angenommen, und ein Jahr später, am 4. Oktober 2010, fand der gewünschte Workshop mit dem Titel „Traditionelle Werte und Menschenrechte" am Sitz der Vereinten Nationen in Genf statt. Der Pressedienst des Moskauer Patriarchats berichtete ausführlich darüber und präsentierte das Seminar als Ergebnis der Rede *Kirills* vor der Generalversammlung der Vereinten Nationen im März 2008.[14] Unter den TeilnehmerInnen dieses Workshops war *Hegumen Filip Ryabykh*, Vertreter des Moskauer Patriarchats in Straßburg. In seiner Rede vertrat er die Ansicht, dass religiöse Ansichten zu Menschenrechtsfragen bei der Entwicklung und Festlegung internationaler Menschenrechtsnormen berücksichtigt werden sollten, um der „neuen Generation von Menschenrechten" wie dem „Recht auf sexuelle Orientierung, Euthanasie, Abtreibung, Experimente mit der menschlichen Natur"[15] entgegenzuwirken. Es sei an der Zeit, das ideologische Monopol im Bereich der Menschenrechte zu beenden, sagte er, und fügte hinzu: „Aus demokratischer Sicht ist es wichtig, Vertretern unterschiedlicher philosophischer und moralischer Ansichten die Möglichkeit zu geben, an der Entwicklung der Institution der Menschenrechte mitzuwirken."[16]

Im März 2011 verabschiedete der Menschenrechtsrat erneut eine Resolution mit dem Titel „Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch ein besseres Verständnis der traditionellen Werte der Menschheit".[17] Resolution 16/3 bekräftigt, dass „Würde, Freiheit und Verantwortung" traditionelle Werte seien. Die Resolution verweist auch auf die wichtige Rolle von Familie, Gemeinschaft, Gesellschaft und Bildungseinrichtungen bei der Wahrung und

---

[13] *UNHRC*, Resolution 12/21 Traditionelle Werte.
[14] *Ryabykh* (2010).
[15] *Ryabykh* (2010).
[16] *Ryabykh* (2010).
[17] *UNHRC* (2011).

Vermittlung dieser Werte. Die Resolution 16/3 enthielt die Aufforderung an den Beratenden Ausschuss des Menschenrechtsrats, eine Studie darüber auszuarbeiten, wie ein besseres Verständnis und eine bessere Wertschätzung traditioneller Werte zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte beitragen könnte, und diese Studie dem Rat vor seiner einundzwanzigsten Tagung vorzulegen.

Als die 21. Sitzung im September 2012 begann, war die Studie noch nicht abgeschlossen, aber der Berichterstatter für den Bericht legte eine „Vorstudie" und eine neue Resolution (21/3) mit dem Titel „Förderung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch ein besseres Verständnis der traditionellen Werte der Menschheit: bewährte Praktiken" vor.[18] Die Studie des Beratenden Ausschuss wurde am 6. Dezember 2012 präsentiert und diese ganze Kette an Resolutionen zu „Traditionellen Werten" endete 2013 mit der Veröffentlichung einer „Zusammenfassenden Informationen von Mitgliedern der Vereinten Nationen und anderen relevanten Interessengruppen über bewährte Praktiken bei der Anwendung traditioneller Werte bei der Förderung und dem Schutz der Menschenrechte und der Wahrung der Menschenwürde".[19] Zur Analyse der Inhalte dieser Texte kommen wir in Abschnitt D.

2. „Schutz der Familie"

Am 25. Juni 2014 stimmte der MRVN über Resolution 26/11 mit dem Titel „Schutz der Familie"[20] ab. Die Resolution, die von einer Gruppe von Ländern, darunter Ägypten und Russland, vorgelegt worden war, formulierte ein allgemein gehaltenes Ziel: „Stärkung familienzentrierter Politiken und Programme als Teil eines integrierten, umfassenden Ansatzes für die Menschenrechte." In der Resolution wurde festgehalten, dass „die Familie die Hauptverantwortung für die Pflege und den Schutz von Kindern trägt", dass die Familie „die grundlegende Gruppeneinheit der Gesellschaft ist und Anspruch auf Schutz durch die Gesellschaft und den Staat hat", und dass der UNHRC eine Podiumsdiskussion einberufen und einen Bericht erstellen sollte.

Eine Gruppe von Ländern, zu der auch die USA und alle westeuropäischen Staaten gehörten, legte einen Änderungsantrag vor, in dem betont wurde, dass „in verschiedenen kulturellen, politischen und sozialen Systemen verschiedene Formen der Familie existieren". Dieser Änderungsantrag wurde nicht diskutiert, nachdem Russland einen „No-Action Motion" einbrachte. Resolution

[18] *UNHRC* (2012).
[19] *UNHRC* (2013).
[20] *UNHRC*, Resolution 26/11: Schutz der Familie.

26/11 wurde schließlich durch eine Abstimmung von 26 zu 14 bei 6 Stimmenthaltungen angenommen.

Die angeregte Podiumsdiskussion fand am 15. September 2014 während der 27. Sitzung des MRVN statt, und ein Bericht über diese Diskussion wurde am 22. Dezember 2014 veröffentlicht.[21] Nach dieser Diskussion und diesem Bericht teilte sich die Familienagenda in zwei Richtungen, und zwar einerseits in Hinblick auf den „Beitrag der Familie zur Verwirklichung des Rechts auf einen angemessenen Lebensstandard für ihre Mitglieder, insbesondere durch ihre Rolle bei der Beseitigung der Armut und der Verwirklichung einer nachhaltigen Entwicklung" und andererseits auf die „Rolle der Familie bei der Unterstützung des Schutzes und der Förderung der Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen"[22].

D. Koalitionen im MRVN zu „Traditionellen Werte" und „Schutz der Familie"

Die Resolutionen zu „Traditionellen Werten" und „Schutz der Familie" mobilisierten jeweils die gleichen Koalitionen unter den Mitgliedstaaten des MRVN. „Traditionelle Werte" und „Schutz der Familie" mobilisierten die Unterstützung Russlands und postsowjetischer Staaten, der Länder der Organisation für Islamische Zusammenarbeit und der Länder des so genannten Globalen Südens. Sie stießen auf anhaltenden Widerstand in den westeuropäischen Ländern, den Vereinigten Staaten und wenigen anderen Ländern.

Die Koalitionsbildung zu universalistisch-kontextualistischen Themen ist, wie bereits in der Einleitung betont, keine Neuheit bei den Vereinten Nationen[23]. In der Vergangenheit verfolgten die Debatten über „Diffamierung der Religion" oder „Dialog der Zivilisationen" ähnliche Ziele. Auch Kampagnen und Koalitionen für Familienwerte sind keine Neuerung. Die konservative Mobilisierung gegen Themen der sexuellen Orientierung und der Geschlechteridentität im Kontext der Menschenrechte geht auf das Jahr 1994 zurück, als sich der Vatikan zusammen mit konservativen NGOs und islamischen Staaten auf der UNO-Konferenz von Kairo über Bevölkerung und Entwicklung für die „natürliche und traditionelle Familie" aussprach[24]. Zusammen mit der UNO-Konferenz 1995 in Peking werden diese beiden großen UNO-Konferenzen

[21] *UNHRC* (2014b).
[22] *UNHRC* (2016).
[23] *Stensvold* (2017); *Hug/Lukács* (2014).
[24] *Bob* (2012) 41-42.

von Wissenschaftlern als Ausgangspunkt für den globalen Aktivismus christlich-rechter NGOs angesehen.[25]

Handelt es sich bei der traditionalistisch-liberalen Pattsituation im MRVN zwischen 2009 und 2016 also um „business as usual"? Zwei Aspekte der Debatte deuten darauf hin, dass es neue Aspekte zu berücksichtigen gibt. Erstens ist der neue Anführer der traditionalistischen Agenda Russland, unterstützt von muslimischen Staaten und Ländern des globalen Südens; und zweitens hat die argumentative Strategie der traditionalistischen Agenda eine breite Unterstützung unter NGOs im Westen mobilisiert und das ehemals kontextualistische Thema in eine transversale Forderung verwandelt. In diesem Kapitel konzentrieren wir uns allerdings auf die Führungsrolle Russlands.[26]

Heiner Bielefeldt, ehemaliger UN-Sonderberichterstatter für Religionsfreiheit, bestätigte, dass Russland in einer Diskussion, die vor zehn Jahren va mit muslimischen Staaten assoziiert wurde, nun eine Führungsrolle übernommen hat[27]. Tatsächlich sind muslimische Staaten immer noch aktiv in die traditionalistische Agenda eingebunden, und es war Ägypten – nicht Russland –, das die Resolution zum „Schutz der Familie" vorgelegt hat. Allerdings scheint Russland hinter den Kulissen tätig gewesen zu sein. Ein Befragter aus dem diplomatischen Korps der Republik Belarus erklärte uns, dass Russland 2014[28] die „Gruppe der Freunde der Familie" initiiert hat.

Die Führungsrolle Russlands wurde von zwei Interviewpartnern aus dem NGO-Sektor bestätigt, von denen einer sagte: „Russland übernimmt die Führung. Das ist ganz klar"[29]. Russland übernimmt die traditionalistische Agenda nicht nur von den muslimischen Staaten, sondern, wie dieser letzte Interviewte deutlich machte, auch vom Heiligen Stuhl. Er beobachtete:

„Wir hatten in den letzten vier Jahren eine konstante, eine ständige Suche der Russen, Brücken zu bauen und eine Stimme des Heiligen Stuhls zu erhalten […] um einen Teil der Agenda Russlands zu unterstützen. Und mit einigem Erfolg."[30]

Es scheint also, dass die Führungsrolle Russlands bei der Förderung einer traditionalistischen Agenda im MRVN eine neue Phase des antiliberalen Normprotagonismus bei den Vereinten Nationen eröffnet hat, der zuvor mit muslimischen Staaten und dem Heiligen Stuhl assoziiert war.

---

[25] *Buss/Herman* (2003) 44.
[26] Für den zweiten Punkt, s den Originalartikel *Stoeckl/Medvedeva* (2018).
[27] *Interview A* (2017).
[28] *Interview B* (2017).
[29] *Interview C* (2017).
[30] *Interview C* (2017).

E. Schlussfolgerung

Der Gegensatz zwischen universalistischen und kontextualistischen Positionen innerhalb des Menschenrechtsuniversums ist kein Novum. Wie dieser Artikel jedoch zeigt, hat die Agenda der „Traditionellen Werte", die seit 2009 von Russland angeführt wird, nicht-liberale Ansichten zu den Menschenrechten aus der kontextualistischen und kulturalistischen Ecke in einen selbst geschaffenen „Universalismus" gewandelt, der im direkten Gegensatz zum individualistisch egalitären Universalismus der liberalen Auffassung von Menschenrechten steht. Russlands Rolle als Antagonist beschränkt sich aber nicht auf den MRVN, sondern ist Teil des Gesamtbildes des Platzes Russlands im internationalen Rechtssystem.[31] Im MRVN hat die traditionalistische Agenda mehrheitlich Unterstützung gefunden und die westlichen Länder in eine Minderheitenposition gebracht. Die politische Motivation hinter der von Russland seit 2009 geförderten traditionalistischen Agenda scheint va Polarisierung zu sein, nicht der Fortschritt bei Themen von gemeinsamem Interesse. Aus diesem Grund ist es wahrscheinlich, dass die Spannungen bei Fragen der Interpretation der Menschenrechte auch in Zukunft zunehmen werden.

[31] *Mälksoo/Benedek* (2017).

Literatur

Alston/Goodman. 2012: International Human Rights (2012).

Bob 2012: The global right wing and the clash of world politics (2012).

Buss/D*idi* 2003: Globalizing Family Values. The Christian Right in International Politics (2003).

Hug/Richard 2014: "Preferences or blocs? Voting in the United Nations Human Rights Council.", Review of International Organizations 2014, 9:83-106, doi: 10.1007/s11558-013-9172-2.

Interview A 2017. "Interview with Heiner Bielefeldt, former UN Ambassador for Religious Freedom. Interviewer: Kristina Stoeckl." The interview was conducted via skype in German language, all quotes have been translated by Kristina Stoeckl. The interviewee agreed to disclose his identity. 16.01.2017.

Interview B 2017. "Interview with a member of the diplomatic corps of the Belarusian mission to the UN. Interviewer: Ksenia Medvedeva." The interview was conducted via skype in Russian language, all quotes have been translated by April French. The interviewee agreed to disclose the professional affiliation . 23.02.2017.

Interview C 2017. "Interview with a stakeholder from the NGO sector. Interviewer: Kristina Stoeckl." The interview was conducted via skype in English language. The interviewee remains confidential. 16.06.2017.

Lenzerini 2014: The Culturalization of Human Rights (2014).

Mälksoo/Benedek (Hg) 2017: Russia and the European Court of Human Rights: The Strasbourg Effect, European Inter-University Centre for Human Rights and Democratisation (2017).

Marshall 2017: "Religious voices at the United Nations: American faith perspectives as an example.", in: Stensvold (Hg) Religion, State and the United Nations (2017) 127-136.

McCrudden 2014: "Human Rights, Southern Voices, and 'Traditional Values' at the United Nations.", University of Michigan Public Law Research Paper 419, HTTP://SSRN.COM/ABSTRACT=2474241 (27.10.2015).

Metropolitan Kirill of Smolensk and Kaliningrad 2005: "The Universal and the Distinctive in the Human Rights Concept. Paper delivered at the conference Religion in the Modern System of International Relations, 30 September 2005, St. Petersburg.", Europaica Bulletin 23 October 2005 (77), http://orthodoxeurope.org/page/14/77.aspx.

Ryabykh 2010: "V Sovete OON po pravam cheloveka proshel seminar posvyashchennyi pravam cheloveka i traditsionnym tsennostyam." Website of the Representation of the Russian Orthodox Church in Strasbourg www.strasbourg-reor.org (8 October 2010), www.strasbourg-reor.org/?topicid=649 (24.06.2013).

Stensvold 2017: "Introduction.", in: Stensvold (Hg) In Religion, State and the United Nations (2017) 1-14.

Stoeckl 2014: The Russian Orthodox Church and Human Rights (2014).

Stoeckl 2016: "The Russian Orthodox Church as Moral Norm Entrepreneur.", Religion, State & Society 2016, 131-151.

Stoeckl/Medvedeva 2018: "Double bind at the UN: Western actors, Russia, and the traditionalist agenda." Global Constitutionalism 7 (3):383-421, doi: 10.1017/S2045381718000163.

UNHRC 2009: "Follow-up to and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action: Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind." United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/12/21 (12 October 2009).

UNHRC 2011: "Resolution adopted by the Human Rights Council: Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind." United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/16/3 (8 April 2011).

UNHRC 2012: "Resolution adopted by the Human Rights Council: Promoting human rights and fundamental freedoms through a better understanding of traditional values of humankind: best practices." United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/21/3 (09.10.2012).

UNHRC 2013: "Summary information from States Members of the United Nations and other relevant stakeholders on best practices in the application of traditional values while promoting and protecting human rights and upholding human dignity." United Nations Human Rights Council A/HRC/24/22 (17.06.2013).

UNHRC 2014a: "Resolution 26/11 adopted by the Human Rights Council: Protection of the Family." United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/26/11.

UNHRC 2014b: "Summary of the Human Rights Council panel discussion on the protection of the family." United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/28/40.

UNHRC 2016: "Protection of the family: role of the family in supporting the protection and promotion of human rights of persons with disabilities " United Nations Human Rights Council A/HRC/RES/32/23 (18.07.2016).

Univ.-Prof.[in] Dr.[in] Kristina Stoeckl
Institut für Soziologie, Universität Innsbruck
Universitätsstraße 16
A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507 73424
kristina.stoeckl@uibk.ac.at

Kseniya Medvedeva, MA
Graduate School of North American Studies, FU Berlin
Lansstraße 5-9
D-14195 Berlin
Medvedeva@gsnas.fu-berlin.de

Anabel Puentes Gómez

Empirical and philosophical studies of law in Cuba

An outline from the experience

A. An approach to legal studies and philosophy of law in Cuba

The island of Cuba, as a result of Spanish dominion since its discovery, was the forerunner of a French-Roman-German legal system, where legal studies dated back to the beginnings of university education in the country, in 1728. Since then, the teaching of law at the University of Havana has gone through different processes, from a normative conception of the legal phenomenon, with basic studies of law based only on empirical considerations, to what we have today, a study of law from principles and values with the presence of different areas of studies and subjects that increase the theoretical-doctrinal perspective in scientific terms. *Delgado Vergara* considers that today the top priority is the comprehension of the principles and concepts of our legal system; therefore the curriculum has to provide research and practical components that contribute to the formation of professional skills in adequate balance with the theoretical training.[1]

With this article I want to provide an outline of the experience of empirical and philosophical studies of law in Cuba. Therefore, we are going to focus on two perspectives: the first one dedicated to know how in theory the teaching of empirical and philosophical studies is conceived; and the second one, is based on the use of empirical studies within research projects.

Philosophical thinking about the law and the state is one of the fundamental elements in the formation of Cuban national identity. The *Marti's* philosophical ideas,[2] which have become a central element in the legitimation of institutional ideologies on the island, occupy a preponderant place. These ideas build the basis of how we teach law in Cuba, which has a cohesive and critical approach and has been preceded by severe disputations concerning studies of theory of state and law. This approach is above all, from a historical and critical perspective, about the law and the various conceptions that have been debated and still are debated in the legal universe. Special reference is made to the study of the historical evolution of ideas about power, justice and law, that

[1] *Delgado Vergara* (2017) 1-3.
[2] *José Martí Pérez* is considered the National Hero of Cuba, in addition to be recognized in Latin America as an extraordinary philosopher, journalist, poet and essayist.

raised different schools of thought over the times and in diverse social and political contexts. Therefore studies of philosophy of law try to develop a critical thinking that allows the appreciation (with the rigor they deserve) of each one of these demonstrations and analysis of law from an integral vision with the complexities of this category.

The main currents of the philosophy of law in its historical context are analyzed, as well as the development of its problems. Seeking in a second moment to distinguish three sectors of the philosophical reflection: „theory of legal science", „theory of law", and „theory of justice". Thus, the theory of legal science can be seen as a study about the conditions under which the activity of the theoretical and practical jurists takes place. On the other hand, the theory of law is a study of positive law, more universal and comprehensive compared to disciplines with a greater practical component. Finally, the theory of justice represents an approach to law from evaluative criteria external to those contained in legal norms and judicial decisions.

An important element to highlight is that the philosophy of law in Cuba is approached from a Marxist perspective, and under its hypothesis the conceptual foundations of the different philosophical schools of thought are analyzed but with the purpose to elaborate their own reasoned argument, in the context of the important contemporary debates of juridical thought, as well as those of the antecedents of the ius philosophy.

B. General characteristics of empirical studies in legal investigations

Empirical or field research is that which relates to phenomena or processes of events from which it perceives traits, properties or manifestations. With this purpose, it will use methods that allow the direct interaction of the subject with the object of study. Where the sample of analysis of the population must be representative (percentage or typological) it will establish standards of behavior, generalizations, as well as the intrinsic qualities of the phenomenon for its understanding.[3]

Qualitative empirical research is the most used in the field of our empirical research. This is inspired by an interpretive paradigm of humanism and phenomenology. It is addressing problems where the scientist is driven by the purpose of describing and understanding the objects he studies, trying to an-

[3] *Villabella Armengol* (2015) 926.

swer how legal phenomenons work and what impact they have on society as a result of the interaction with the subject.

In the legal field, the qualitative empirical research approach in Cuba has different features:

(1) Flexibility in the research design. Maybe at the beginning of it, there are only referent ideas or general questions about the problem that serves as a guide to the research process.

(2) Its object of study is mostly the person and the socio-legal processes of which it is a part.

(3) The object is studied in the environment in which it operates, through a holistic perspective that does not segment it and is always showing interdisciplinarity. It must be taken into account that interdisciplinarity is seen as a way of organizing knowledge activities. The realization of interdisciplinary studies prevents us from "materializing" and isolating the object of study, removing parts that are essential and that cannot be studied by a single discipline, but by several disciplines.

(4) They work with subjective data. This data is rich in psychological aspects, uncertainty, ethical dilemmas and moral conflicts, impossible to quantify and standardize.

(5) It pursues an all-encompassing goal of the phenomenon it studies, for which the seemingly minor details, the underlying motives, the motivations and intentions of the participants are important; so, all perspectives are valid, and all is the necessary information.

(6) It is developed on a small scale with reduced samples from selected cases-type.

(7) It requires research methods that allow describing, understanding and evaluating the studied object.

(8) It makes use of the hermeneutic method, taking into account the abundant assessment on the change of legal norms and their interpretation.

Among the type of designs that invest most in our science, we find the „field work" in which the data is collected without any intervention or manipulation to be analyzed later, assumptions are made or conclusions are drawn. It must be taken into account that the data collection tools of our field have had to import data from other disciplines such as Psychology, Sociology or Education Sciences. These are standardized, validated and even classic tools due to

their extensive prior application, such as interviews, tests, questionnaires and others.

C. Experiences of empirical studies in different branches of law

Really we don‘t have a lot of empirical studies linked to the philosophy of law, not in a direct and intentional way; but they are mainly directed to different branches of the legal sciences. Of interest might be what we call „conciliatory discipline", which is mainly a way to combine the theoretical, practical and investigative components. From this experience we have as a result several empirical studies, a product of the interaction between students with the legal sector and population groups. Since all components are linked, from students to legal entities, they are selected for carrying out research aimed to integrate the knowledge acquired in the different action fields.

The subjects are linked to the modes of professional performance and to a research that they are capable of developing from the observed and lived in the legal practice.

In what we call legal exercises, the empirical and investigative components are intertwined and the integration of the contents is ensured vertically (by disciplines) and horizontally (by years and curricular periods). The objectives should coincide with those of the year in which they are developed.

The thesis work experience is the most complete result of this discipline, because all the research is linked to those received in legal practice, where the interview was also used by prosecutors, lawyers, notaries, judges, citizens and others, in correspondence with certain interests, as well as the observation of judicial processes and oral trials; all of which transcends the conclusions of investigation.

Such is the case of the Diploma work of students who during the 4th year began their research in a theoretical way about the protection of people with disabilities and older adults being students of the Civil Law Department. Later, they carried out their legal practices in the notary, where they carried out a field study that allowed them to affirm and desist from some ideas about the elements that should or should not be present in that protection.

They worked with a group formed by practicing jurists (notaries, judges, lawyers, prosecutors) of the Centro Habana municipality, in the province of Havana, as well as property registrars, since they are ideal figures for the knowledge of the matter, and, because they would be the professionals involved in the legal implementation of the contract for patrimonial protection.

Programmed teaching does not respond to traditional methods. It is interactively through participatory methods, group dynamics, role plays and civic education workshops where young people are involved in the transformation of social dynamics, bioethics, politics, environmental and legal issues related to their universe.

They worked with a group of 30 jurists who delved into different specialties and fields of the profession, all selected in response to the specialties that correspond to the formulation of the scientific problem and the objectives of their research.

Once divided into subgroups according to different inclusion criteria, tools such as a questionnaire, semi-structured and structured interviews were used.

At university, empirical studies have played an important role within research projects.[4] An example of a currently conducted study is the „ISMAELILLO" project: Its aim is to strengthen civic education of young Cubans in favour of proactive participation, social inclusion, the development of sociocultural rights and intercultural dialogue.

Within this research project, family and social conflicts of young people sanctioned in criminal proceedings are singled out based on their social inclusion and prevention. It is valuable information in the area of criminological investigations.

We work with groups of young people who are socially vulnerable (young people who are criminally sanctioned under conditions of freedom, young people with disabilities and young women) aiming to improve their empowerment.

Two groups of young people participate in the project: university students who will accompany the research team in the gathering of information and in the multiplication of didactic actions, and another group of young people from the vulnerable communities and groups that are the object of the research and recipients of the training as well as the susceptible subjects to be transformed through the fulfillment of the project‘s objectives.

In each stage the project‘s researchers publish results of the way the project's implementation progresses, and samples from some cases are taken for future investigation in the legal field.

[4] Projects Associated with National Programs in execution. Year 2018, www.uh.cu/sites/default/files/public/adjuntos/proyectos_en_programas_nacionales_uh_2018.pdf.

Our greatest strength in terms of empirical studies is found in research on the socio-community profile. Such as the project carried out by the University of Havana as part of the PUEC project (University Project in Communities) through the Alma Mater Program, which was initiated with a diagnosis that highlighted the main problems existing in the communities, such as housing, urban infrastructure, marginality, unemployment, health-sanitary problems, public services, environmental as well as citizen behavior, with special focus on young people and circumstances that cause the breakdown of the civic behavior of this age group and its interaction with the rest of sectors and groups in the society.

Other very satisfactory investigations are added to this example in terms of the economic costs of the law and judicial decisions, intrafamilial violence, the types of families in Cuba and their legal protection, among others.

These are examples where critical observation and work with the population have greatly enriched multiple branches of the legal sciences.

Being sincere, developing a satisfactory empirical research is a challenge for the legal sciences in Cuba, especially as the research methodology relies mainly on theoretical, historical, comparative methods, among others.

To sum up, the truth is that empirical research is configured in the exception but not in the rule. The changes that are approaching in the new study plan that started in September 2018, predict that more will be deepened in the postgraduate training and not in the undergraduate studies. Nevertheless we hope that the empirical research could be for the law's scholars like *Plutarch* said: *„Knowledge is not a full container, but a fire that is ignited."*[5]

[5] https://hipertextual.com/2013/08/frases-celebres-ciencia.

Bibliography

Delgado Vergara 2017: La Enseñanza del Derecho en Cuba, Florida Journal of International Law 29/2017, Article 26, http://scholarship.law.ufl.edu/fjil/vol29/iss1/26.

Pita Simón 2006: El debate iusfilosófico cubano de la segunda mitad del siglo XIX, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho 10/2016, 289-308.

Villabella Armengol 2015: Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de investigaciones jurídicas, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/.../46.pdf.

Wilde 2015: Un estudio empírico sobre la investigación en el derecho y su enemistad con la metodología científica, www.unife.edu.pe/publicaciones/.../derecho/.../127_Mollán.pdf.

MsC Anabel Puentes Gómez
Assistant Professor of the Department of Civil Law
Faculty of Law
University of Havana
anabelpuentes1@gmail.com; anabelpuentes@lex.uh.cu

Walter Fuchs

Warum gibt es immer weniger streitige Zivilverfahren?

Rechtssoziologische Thesen zum Klagerückgang in Österreich und Deutschland

A. Prozessebbe: Herausforderung für Rechtssoziologie und -politik

Die Anzahl der streitigen Zivilprozesse geht in Österreich seit vielen Jahren zurück. Fielen in den 1980er Jahren im Durchschnitt jährlich ungefähr 900.000 neue Verfahren an, so ist deren Menge im Jahr 2017 auf unter eine halbe Million gesunken. Berücksichtigt man die in diesem Zeitraum wachsende Bevölkerung, so fällt der Rückgang noch drastischer aus. Dies veranschaulicht Abbildung 8.

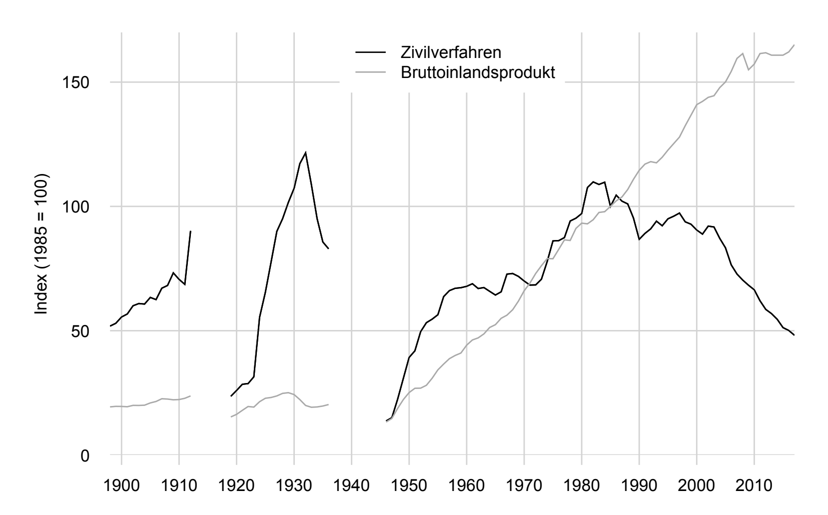


Abbildung 8: Anfall an erstinstanzlichen streitigen Zivilverfahren (inklusive Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit sowie deren Vorgängerinstitutionen) und reales Bruttoinlandsprodukt 1898-2017, jeweils pro Kopf, indexiert (1985=100); 1898-1912: österreichische Reichshälfte der Habsburgermonarchie, ab 1919: Republik Österreich[1]

---

[1] Datengrundlagen: s Anhang.

Die Grafik zeigt die Entwicklung der Zivilprozessrate (Anfall streitiger erstinstanzlicher Verfahren pro Bevölkerung) und der wirtschaftlichen Leistungskraft (reales Bruttoinlandsprodukt pro Kopf) Österreichs vom Inkrafttreten der *Kleinschen* Justizreform 1898 bis in die Gegenwart. Obwohl Schwankungen der Menge an Zivilverfahren immer wieder auftreten,[2] ist die jüngste „Prozessebbe" dennoch bemerkenswert: Bezogen auf die Bevölkerungszahl gab es 2017 nur ungefähr halb so viele Verfahren wie 1985 (dieses Jahr wurde in Abbildung 8 als Bezugsgröße gewählt, um die beiden Zeitreihen übersichtlich darzustellen) oder 1997 – und in etwa eine so geringe Prozessrate wie 1952, 1924 oder 1898. Verglichen mit letzteren Jahren hat sich jedoch nicht nur die Menge des anzuwendenden materiellen Rechts, sondern auch das Volumen des gesellschaftlich produzierten und über Verträge umgesetzten Reichtums an Gütern und Dienstleistungen drastisch vervielfacht.

In Deutschland ist die Entwicklung ähnlich. Allein zwischen 2004 und 2017 ist dort die Menge an erstinstanzlichen Zivilverfahren vor den Amts- und Landgerichten von knapp elf auf nur mehr etwas mehr als sechs Millionen gesunken.[3] Eine so deutliche Abnahme des Verfahrensanfalls, wie sie in den letzten fünfzehn Jahren zu beobachten ist, wirft grundlegende Fragen auf, die gleichermaßen rechtspolitisch wie rechtssoziologisch hochrelevant sind: Verbirgt sich hinter der jüngsten Prozessebbe eine konjunkturelle Schwankung oder ein langfristiger Trend? Ist die nationalstaatliche Zivilgerichtsbarkeit in der globalisierten Gegenwart mit einem gesellschaftlichen Bedeutungsverlust konfrontiert? Konkurriert sie mit anderen Einrichtungen, und wenn ja, mit welchen? Ist der Zivilprozess in seiner gegenwärtigen Gestalt der Lebenswirklichkeit des 21. Jahrhunderts angemessen? Muss der Zugang zum Recht überdacht und verbessert werden?

Eine sinkende Nachfrage nach Ziviljustiz kann indessen aus rechtsstaatlicher Perspektive zum Problem werden: Wenn häufig auftretende – und materiellrechtlich möglicherweise sogar dicht regulierte – Konfliktkonstellationen die Gerichte kaum mehr erreichen, dann werden sie auch seltener ausjudiziert. Dies vermag nicht nur die Rechtssicherheit, sondern auch dogmatische Fort-

[2] Vgl grundlegend dazu (für Deutschland) *Rottleuthner* (1985); *ders* (2016); für 13 europäische Staaten *Wollschläger* (1988). Für die Zeit der Weltkriege stehen keine Statistiken zur Verfügung. Die Zahl der Verfahren hat in den Kriegsjahren wie in anderen europäischen Ländern wahrscheinlich drastisch abgenommen. Der letzte Band der Justizstatistik für die Erste Republik erschien 1938 (für das Jahr 1936). Die Rechtspflegekapitel der bis 1943 erschienenen statistischen Jahrbücher für das Deutsche Reich enthalten keine Angaben zu Zivilprozessen im „angeschlossenen" Österreich. In Deutschland ist die Zivilverfahrensrate in der Zeit des Nationalsozialismus stetig gesunken, was auch mit dessen prozessfeindlicher Ideologie zu tun haben dürfte.

[3] S dazu auch unten Abschnitt E. sowie *Graf-Schlicker* (2014); *Höland/Meller-Hannich* (2016); *Rottleuthner* (2016).

schritte durch Judikatur und Rechtswissenschaft zu beeinträchtigen. Schließlich ist zu fragen, welche Streitbeilegungsmechanismen im „Dunkelfeld" der nicht justiziell erledigten Konflikte überhaupt zum Tragen kommen und angesichts sinkender Prozessraten wahrscheinlich an Bedeutung gewinnen: Mediation, Schlichtung, Schiedsgerichtsbarkeit und sonstige Formen der *Alternative Dispute Resolution*? Resignation? Geld, Kulanz und Versicherungsmathematik? Oder stummer Zwang durch das Ausnutzen überlegener ökonomischer Macht oder die Drohung mit Gewalt? Werden dabei streitgegenstandsorientierte sachliche oder schlicht interessenbezogene Kriterien berücksichtigt? Es liegt auf der Hand, dass nicht alle genannten „Alternativen" zur Justiz aus demokratisch-rechtsstaatlicher Perspektive wünschenswert sind.[4] Jenseits normativer Anliegen möchte dieser Beitrag das Phänomen des Rückgangs an Zivilverfahren indessen aus rechtssoziologischer Sicht in den Blick nehmen. Zunächst wird der widersprüchliche Einfluss ökonomischer Faktoren skizziert (B.) und der Vorgang des Klagens als Prozess der Mobilisierung von Gerichten dargestellt (C.). Dann werden thesenartig mögliche Erklärungen für die sinkenden Verfahrenszahlen vorgestellt (D.). In einem empirischen Teil wird die Verminderung an Zivilprozessen genauer vermessen, und zwar einerseits nach Verfahrensarten differenziert im Vergleich mit Deutschland (E.), andererseits für Österreich in einer Darstellung nach Fallgruppen und Streitwerten (F.).

B. Zum widersprüchlichen Einfluss ökonomischer Faktoren

In der bisherigen sozialwissenschaftlichen Forschung zu den Determinanten der Nachfrage nach Ziviljustiz im Zeitvergleich sind vor allem gesamtwirtschaftliche Einflussfaktoren beachtet worden. In empirischen Untersuchungen wurde insbesondere immer wieder die Entwicklung des Bruttoinlandsprodukts (BIP) herangezogen, um Veränderungen von Zivilprozessraten zu erklären. Der mögliche Effekt ökonomischer Konjunkturen ist jedoch keineswegs eindeutig:

Zum einen ist denkbar, dass Zivilverfahren vorausgehende Leistungsstörungen und Vertragsbrüche als Knappheitsphänomene va eine *Begleiterscheinung wirtschaftlich schwacher Phasen* sind. Ihr Auftreten sollte daher in Zeiten des Aufschwungs zurückgehen. Diesen Gedanken hat niemand anderer als *Franz Klein*, der „Vater" der österreichischen Zivilprozessordnung, prominent formuliert. *Klein* sah jeden Rechtsstreit bekanntlich als ein nicht nur individuelles Problem der Parteien, sondern als soziales Übel an, das es nach Möglichkeit

[4] Vgl die (auf Deutschland bezogene) Argumentation bei *Höland/Meller-Hannich* (2016) 15f.

zu vermeiden gelte: Man müsse sich insofern ein Sinken der Verfahren wünschen, „als Rückgang der Prozesse gewöhnlich eine Begleiterscheinung steigender Preise, guter Geschäftskonjunktur und allgemeinen Prosperierens zu sein pflegt."[5] Möglicherweise hatte *Klein* hier Zustände des „Pauperismus" – also der Überschuldung und Verarmung ganzer Bevölkerungsteile (va des Kleinbauerntums) während der frühen Industrialisierung – im Auge, die im 19. Jahrhundert im manchen Gegenden Europas die Prozessraten nach oben getrieben haben dürften.[6]

Zum anderen ist es aber auch plausibel, dass die *Anzahl der Zivilverfahren mit steigendem Bruttoinlandsprodukt zunimmt*: Wenn die Menge an hergestellten Gütern und erbrachten Dienstleistungen steigt, so wächst auch die Zahl der zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte sowie der Kreditverträge, die diese Transaktionen finanzieren. Damit gibt es auch mehr Anlässe für zivilrechtlich relevante Konflikte. *Christian Wollschläger* hat diesen Effekt in seiner bahnbrechenden, Zivilprozessraten historisch und international vergleichenden Untersuchung auf folgenden Nenner gebracht: „Je mehr Verträge geschlossen werden, desto mehr können auch gebrochen werden." Wirtschaftswachstum müsse „folglich – ceteris paribus (!) – die Arbeit der Ziviljustiz vermehren".[7]

Die empirische Längsschnittbetrachtung von Daten aus dem 20. Jahrhundert spricht deutlich für die zweite Annahme:[8] Wie Abbildung 8 zeigt, folgte die Zivilverfahrensrate in Österreich zumindest ihrer groben Richtung nach meist der Entwicklung des realen Bruttoinlandsprodukts.[9] Dennoch schien es wie-

---

[5] *Klein* (1902) 88.
[6] Vgl *Wollschläger* (1988) 86f.
[7] *Wollschläger* (1988) 49.
[8] So auch das Resümee von *Wollschläger* (1988) 102; vgl (für Indien) *Eisenberg* et al (2013).
[9] Interessant ist die Entwicklung in der Ersten Republik: In den Nachkriegsjahren bewegt sich die Zivilprozessrate zunächst auf sehr niedrigem Niveau und wächst nur verhalten – wohl auch aufgrund der galoppierenden Geldentwertung, die 1922 ihren Höhepunkt erreicht (vgl *Beer* et al 2016): Die Inflation dürfte das Einklagen wertlos gewordener Forderungen vielfach sinnlos gemacht haben; vgl *Rottleuthner* (1985) 236; *Wollschläger* (1988) 60. In der Judikatur des OGH sind ab 1923 unterdessen zahlreiche Fälle dokumentiert, in denen beklagte Parteien offenkundig aussichtslose Verfahren verschleppt haben, um von der Inflation zu profitieren (zB OGH 13.6.1923, Ob II 343/23), was zum Teil Verurteilungen zur Leistung von Entschädigungsbeträgen wegen mutwilliger Prozessführung nach § 408 ZPO nach sich zog; vgl *Geroldinger* (2016) 720. Ab 1924 steigt die Zahl der Zivilverfahren jedenfalls sprunghaft an, um im Gefolge der Weltwirtschaftskrise wieder stark abzunehmen. In der kurz vor dem Anschluss Österreichs an Hitlerdeutschland erschienenen Justizstatistik für das Jahr 1936 wird die „scharfe Abnahme der Prozesstätigkeit" auf die (im Verordnungsweg erlassene!) achte Gerichtsentlastungsnovelle 1933 zurückgeführt, mit der ua das „Armenrecht" – also die Zugangsmöglichkeit zu den Gerichten für einkommensschwache Bevölkerungsteile – beschränkt wurde. Der Staatssekretär für Justiz der *Dollfuß*-Regierung kommentierte die Neuerung wie folgt: „Die Justizverwaltung hatte vorher schon wiederholt versucht, die dringend notwendige Reform durchzuführen, scheiterte aber mit ihrem Bestreben immer wie-

derholt auch kurze gegenläufige Phasen gegeben zu haben, in denen die Zahl der Prozesse zurückging, während die Menge der produzierten Waren und Dienstleistungen weiterhin – und mitunter sogar besonders rasch – wuchs.

Die Wirtschaftswissenschaftler *Clemenz* und *Gugler* haben den Zusammenhang zwischen der Zivilprozessrate und dem Bruttoinlandsprodukt zwischen 1960 und 1995 für Österreich in zwei bemerkenswerten Arbeiten mit Mitteln der formalen statistischen Zeitreihenanalyse untersucht.[10] Ohne eine kausale Beziehung nachweisen zu können, finden sie – wenig überraschend – eine starke Korrelation zwischen der langfristigen Zunahme des Geschäftsanfalls der Zivilgerichte und der Entwicklung der gesamtwirtschaftlichen Situation. In ihren Modellen zeigt sich aber auch eine – zwar vergleichsweise schwache, gleichwohl aber statistisch signifikante – umgekehrte Auswirkung des Bruttoinlandsprodukts: Steigendes Wirtschaftswachstum vermag bis zu einem gewissen Grad das parallele Ansteigen der Zivilverfahren zu bremsen. Dieser – eher kurzfristig wirksame – antizyklische Effekt könnte sich den Autoren zufolge dadurch erklären, dass es den Wirtschaftssubjekten in Boomphasen leichter fällt, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Umgekehrt können Gläubiger aufgrund der insgesamt besseren Liquidität mehr Geduld bei säumigen

der an völlig ungerechtfertigten parlamentarischen Widerständen. Erst die Selbstausschaltung des Nationalrates gab den Weg frei für diese Neuerung von großer wirtschaftlicher Bedeutung" (zit nach *Innsbrucker Nachrichten* vom 7.6.1934, 4). Zeitgenössische Stimmen aus der juristischen Öffentlichkeit kritisierten das autoritäre Zustandekommen der Novelle unter „Übergehung der Fachkreise" und deren zT als „drakonisch" angesehenen Inhalt; s *Bettelheim* (1933) 357; *Hofmannsthal* (1933) 443.

[10] *Clemenz/Gugler* (1998); *dies* (2000). Diese ökonometrischen Arbeiten sind von ihrem Grundansatz her zweifellos verdienstvoll – angesichts der spärlichen einschlägigen Lit auch im internationalen Maßstab. Obwohl die darin enthaltenen Zeitreihengrafiken stark den Linien in Abbildung 8 ähneln, sind die angegebenen Gesamtmengen an (streitigen?) Zivilverfahren anhand der publizierten Jahresbände der Rechtspflegestatistik nicht nachvollziehbar. Die Autoren teilen auch nirgendwo mit, welche Verfahrensarten sie zur Berechnung ihrer abhängigen Variable herangezogen haben. Dieser etwas saloppe Umgang mit den Daten steht in auffälligem Kontrast zur selbstbewusst behaupteten „Rigorosität" der ökonomischen Analyse. Dem gewählten strikten *Law-and-Economics*-Paradigma mag es auch geschuldet sein, dass die rechtssoziologisch-historische Diskussion nur oberflächlich rezipiert wird. So gerät die inhaltliche Interpretation der Variablen und ihrer Effekte bei aller methodischen Souveränität im Umgang mit mathematischen Modellen auch ein wenig naiv. Insbesondere werden justizinterne Faktoren und Fragen der selektiven Mobilisierung von Gerichten weitgehend ausgeblendet. Ein geradezu atemberaubend unbedarfter Umgang mit Rechtspflegestatistiken findet sich auch in einer – grundsätzlich interessanten – aktuellen wirtschaftswissenschaftlichen Arbeit (*Bielen/Marneffe* 2018), die mit Justizkennzahlen, die von der *European Commission for the efficiency of justice* (CEPEJ) des Europarates gesammelt wurden, für 30 europäische Länder einen Zusammenhang zwischen Anwaltsdichte und Verfahrenshäufigkeit modelliert. Komplexe Probleme der Vergleichbarkeit von Rechtsbeständen, Institutionen, Verfahren, Datenverfügbarkeiten und Zählregeln (die durch die breite Definition der CEPEJ von Zivilsachen als „Nicht-Kriminalfälle" eher verschärft als abgemildert erscheinen) werden dadurch „gelöst", dass sie ganz einfach ignoriert werden.

Schuldnern aufbringen. Schließlich gebe es, solange eine Fortsetzung der guten makroökonomischen Lage erwartet wird, andere als gerichtliche Mittel, um das Einhalten von vertraglichen Verpflichtungen zu bewirken, etwa die Drohung des Abbruchs von Geschäftsbeziehungen. Sobald das Wirtschaftswachstum jedoch wieder zurückgeht, verkehren sich diese Wirkungen in ihr Gegenteil. Hinzu kommt, dass in Zeiten des Aufschwungs gegründete Firmen rasch in Schwierigkeiten geraten können. All dies bewirkt wiederum ein deutlicheres Ansteigen der Zivilverfahren. Letztlich vermag die antizyklische Bewegung somit nur wenig daran zu ändern, dass sich die Zeitreihe der Zivilprozessrate bis in die jüngste Vergangenheit hinein im Wesentlichen nach der makroökonomischen Entwicklung richtet.

Dieser grundlegende Zusammenhang scheint in der Gegenwart des 21. Jahrhunderts jedoch vorerst nicht mehr zu gelten: Um das Jahr 1997 herum beginnt die Rate der streitigen Zivilverfahren in Österreich tendenziell zu fallen. Ab 2002 zeigt die Zeitreihenkurve ständig steil nach unten – unbeeindruckt sowohl von den wirtschaftlichen Boomjahren bis 2008 als auch von der stagnierenden Entwicklung seit Beginn der Finanz- und Bankenkrise. Es ist indessen wenig wahrscheinlich, dass es sich bei diesem Verlauf um einen bloßen *random walk* – also eine zufällig erfolgende stochastische Bewegung – handelt.

Vor diesem Hintergrund könnte eine rechtssoziologische These ungeahnte Aktualität gewinnen, die in den 1970er Jahren vertreten worden ist. Mehrere Autoren postulierten damals einen *kurvilinearen Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und Zivilprozesshäufigkeit* (s Abbildung 9).[11] Demnach gehe Industrialisierung zunächst mit einem verstärkten Anrufen der Zivilgerichte einher, da viele Konflikte aufgrund der zunehmenden Arbeitsteilung der Gesellschaft nicht mehr informell von Angesicht zu Angesicht gelöst werden können. Mit steigender Komplexität und Interdependenz der Sozialbeziehungen fehle den Gerichten in der Wahrnehmung von Streitparteien jedoch mehr und mehr die Expertise (und daher auch die Legitimität) für effektive Interventionen. Nach Erreichen einer „kritischen Masse" greife man in postindustriellen Gesellschaften daher weniger auf die Ziviljustiz, sondern mehr und mehr auf technisch-administrative oder aber harmoniebetont-informelle Konfliktlösungsmechanismen zurück.

[11] Und zwar auf Grundlage von seinerzeit verfügbaren Daten der 1960er Jahre aus England und Spanien; s *Sarat/Grossman* (1975) 1210f; *Toharia* (1976) 53ff; *Friedman* (1976).

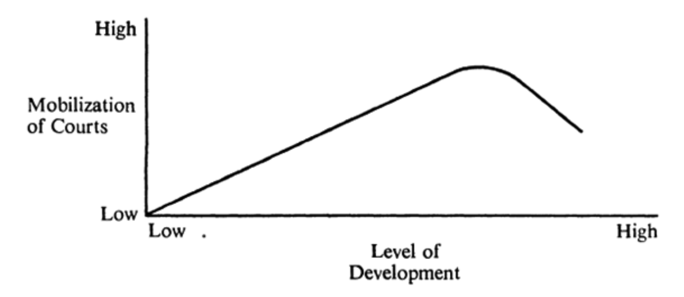


Abbildung 9: Modell eines kurvilinearen Zusammenhangs zwischen wirtschaftlicher Entwicklung und Zivilprozesshäufigkeit[12]

Das kurvilineare Modell wurde durch die für viele Rechtsordnungen in den 1970er und 80er Jahren zu beobachtende Entwicklung hin zu einer „Prozessflut" empirisch widerlegt.[13] Insofern sich jedoch die Konturen einer „postindustriellen" Gesellschaft – verbunden mit Globalisierung und Digitalisierung – möglicherweise erst in den letzten zwei bis drei Jahrzehnten tatsächlich abzuzeichnen beginnen, könnte in ihm dennoch mehr Weisheit stecken als seinerzeit angenommen. Insb die Überlegung, dass die Ziviljustiz in komplexen Gemeinwesen der Gegenwart aufgrund von technologischem Fortschritt und sozioökonomischer Differenzierung als Konfliktlösungsinstrument an Bedeutung und Selbstverständlichkeit verliert, vermag zu einer Erklärung der jüngsten „Prozessebbe" durchaus beizutragen.

C. Zur selektiven Mobilisierung der Zivilgerichte

Alle bisher skizzierten Thesen gehen zumindest implizit davon aus, dass die Häufigkeit an Zivilverfahren durch ökonomische Entwicklungen determiniert wird. Diese Prämisse ist jedoch im Lichte fortgeschrittener theoretischer und empirischer Einsichten der Rechtssoziologie zu hinterfragen. Zunächst handelt es sich bei der Ziviljustiz selbst um ein komplexes gesellschaftliches Feld mit einem hohen Ausmaß an Eigendynamik, in dem außerrechtliche Geschehnisse nicht einfach nur nach Art eines Reiz-Reaktions-Schemas widergespiegelt werden. Insb die soziologische Systemtheorie liefert Argumente für

[12] *Sarat/Grossman* (1975) 1211.
[13] Vgl *Wollschläger* (1988) 102; *Clark* (1990).

die Annahme, dass Recht und Wirtschaft in modernen Gesellschaften als autonome und selbstreferenzielle soziale Sphären begriffen werden müssen, in denen Umwelteinflüsse stets nach Kriterien eigener Selektivität verarbeitet werden.[14]

Das Geschehen, dass aus einem Konflikt tatsächlich ein justiziell bearbeiteter Streitfall wird, ist näher besehen denn auch ziemlich voraussetzungsreich. Zivilgerichte werden schließlich nicht von sich aus tätig. Sie müssen angerufen – oder, wie man in der Rechtssoziologie seit *Donald Blacks* grundlegender Arbeit[15] sagt, „mobilisiert" – werden. Ob das überhaupt geschieht, wird nicht zuletzt auch von *justizinternen Umständen* wie etwa der Höhe von Gerichtsgebühren mitbestimmt. Noch davor spielen allerdings einige Reihe von Faktoren eine Rolle, die ebenfalls nicht zwangsläufig etwas mit makroökonomischen Gegebenheiten zu tun haben. So müssen die Rechtssubjekte erst einmal auf die Idee kommen, mehr oder weniger alltägliche Probleme in rechtlichen Kategorien zu deuten. Dies hängt auch von *individuellen Eigenschaften und Einstellungen potenziell Klagender* (etwa Alter, Geschlecht, Bildung, Vermögen oder Rechtsbewusstsein) ab. Schließlich kommt es auf die *Art der Beziehung zwischen den Konfliktparteien* genauso an wie auf die spezifische *Beschaffenheit der Streitgegenstände*. All diese Faktoren sind gesellschaftlich stets im Wandel begriffen.

Erhard Blankenburg hat den Vorgang der Mobilisierung von Gerichten vor bald 40 Jahren in einem schematischen Modell veranschaulicht (Abbildung 10), das in Grundzügen wohl auch heute noch Gültigkeit beanspruchen darf.[16] Die Wahrscheinlichkeit einer Klage hängt demnach ganz wesentlich auch davon ab, ob und in welchem Ausmaß eine *Infrastruktur der informellen Konfliktbehandlung* bereitsteht. So gesehen bestimmt also das Spektrum an – als mehr oder weniger attraktiv wahrgenommenen – Angeboten die konkrete Nachfrage nach bestimmten Behelfen.[17] Alternative Rechtsformen und außergerichtliche Streitschlichtungsinstrumente können als funktionale Äquivalente den Gang zur Ziviljustiz überflüssig machen. Rechtsberatende Einrichtungen vermögen einerseits den Zugang zu den Gerichten zu befördern und damit die Prozesshäufigkeit zu erhöhen; andererseits können sie aber mitunter auch alternative Abhilfen vermitteln oder bereitstellen und daher prozessvermeidend wirken.

---

[14] Vgl *Luhmann* (1993); *Teubner* (1989).
[15] *Black* (1973).
[16] *Blankenburg* (1980) 62; vgl auch *Blankenburg* (1995).
[17] Phänomene einer „angebotsinduzierten Nachfrage" lassen sich für jene Rechtsinstitute beobachten, die in Österreich und Deutschland die alten stigmatisierenden Entmündigungsprozeduren abgelöst haben (Sachwalterschaft, rechtliche Betreuung). In beiden Ländern kam es unmittelbar nach deren Einführung zu einem massiven Anstieg der Fallzahlen, der nicht durch soziodemographische Veränderungen erklärt werden kann; vgl *Fuchs* (2015); *ders* (2017).

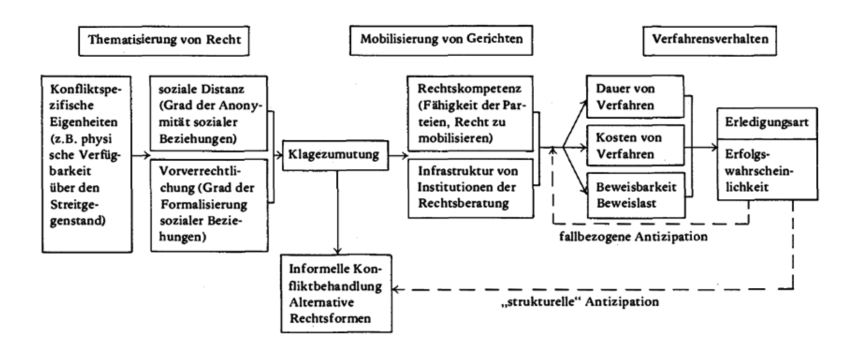


Abbildung 10: Erklärungsmodell für die Mobilisierung von Zivilgerichten[18]

Blankenburg hat sein Modell erfolgreich dafür herangezogen, um die zum Teil sehr großen Disparitäten zwischen den Zivilprozessraten unterschiedlicher Länder und Regionen zu erklären.[19] Es eignet sich aber auch dazu, *Veränderungen im Zeitverlauf* zu untersuchen. Dabei lässt sich die Zivilprozessrate (als Anzahl der Prozesse pro Bevölkerung) in zumindest zwei Dimensionen auflösen, die nicht immer klar unterschieden werden, nämlich einerseits in die Häufigkeit zivilrechtlich relevanter Konflikte überhaupt („Konfliktrate") und andererseits in das Ausmaß der Mobilisierung von Zivilgerichten („Mobilisierungsrate").[20] Als Formel lässt dich dies wie folgt darstellen:

Zivilprozessrate = (Konflikte/Bevölkerung) x (Zivilprozesse/Konflikte)

Für das Maß aller potenziell rechtserheblichen Streitigkeiten in einer Gesellschaft lassen sich freilich nur schwer valide Indikatoren finden. Die Formel kann allerdings helfen, die Dynamik von Zivilprozessraten besser zu verstehen. Viele rechtssoziologische Studien deuten darauf hin, dass die Justiz nur in einer kleinen Minderheit aller zivil- oder strafrechtlich einschlägigen Konflikt-

[18] *Blankenburg* (1980) 62.
[19] Vgl *Blankenburg* (1994); *ders* (1997); s auch *Wollschläger* (1998).
[20] Vgl *Ramseyer* (2014) 40; *Wollschläger* (1988) unterscheidet überdies noch die Faktoren der Bevölkerungsdichte, der Interaktionsdichte sowie der Zivilprozessbelastung des Sozialprodukts.

konstellationen angerufen wird.[21] Das Mobilisieren von Gerichten bildet zumeist erst die allerletzte Stufe einer ganzen Reihe von Problemlösungsversuchen. *Blankenburg* hat – zu Zeiten einer „Prozessflut" – im Rahmen einer repräsentativen Umfrage unter der Westberliner Bevölkerung je nach Rechtsmaterie Mobilisierungsraten zwischen drei und sieben Prozent gefunden.[22]

Veränderungen der einzelnen in obiger Formel angegebenen Parameter, die für sich genommen relativ undramatisch anmuten, können in Summe große Schwankungen der Zivilprozessrate und auch der absoluten Anzahl an Verfahren auslösen. Dies sei durch ein Rechenbeispiel veranschaulicht: In einem fiktiven Staat mit einer Bevölkerung von zehn Millionen komme im Jahr t_1 auf jede/n Einwohner/in im Durchschnitt ein justiziabler zivilrechtlicher Konflikt; die Mobilisierungsrate betrage fünf Prozent. Die Zivilprozessrate berechnet sich daher folgendermaßen:

$$\textit{Zivilprozessrate } t_1 = (10 \text{ Millionen}/10 \text{ Millionen}) \times (500.000/10 \text{ Millionen}) = 0{,}05$$

Es gibt in dieser Rechtsordnung im Zeitraum t_1 also ein halbe Million Verfahren (fünf Prozent von zehn Millionen). Die Zivilprozessrate beträgt fünf pro 100 Einwohner/innen.

Nun vergehen in unserer ausgedachten Rechtsordnung zwei Jahrzehnte, innerhalb derer der gesellschaftliche Wandel seine Spuren im Rechtsleben hinterlässt: Bedingt durch den weltweiten Ausbau der digitalen Kommunikation nehmen die Möglichkeiten zu, im Internet Verträge abzuschließen, die über Kreditkarten abgewickelt werden und daher grundlegende Zahlungsfähigkeit der Kaufenden voraussetzen. Der Versandhaushandel älteren Stils, früher eine Quelle vieler leichtsinniger Rechtsgeschäfte, verschwindet nahezu. Gleichzeitig entwickelt sich der private Konsum aufgrund einer Finanzkrise und der zunehmenden Zahl unsicherer Arbeitsverhältnisse nur schleppend. Nicht nur wichtige Zweige der „Realwirtschaft", sondern auch die Realeinkommen der

---

[21] S aus theoretischer Sicht *Felstiner* et al (1981); für einen aktuellen internationalen Überblick *Kritzer* (2010); vgl ferner etwa die qualitativen Studien von *Ewick/Silbey* (1998) oder – für den deutschsprachigen Raum – *Hanak* et al (1989); aktuell für den Bereich der Erwachsenenvertretung *Fuchs* (2017). Zu nennen wären auch die zahlreichen quantitativen Dunkelfeldstudien der Kriminologie. Die Selektivität der justiziellen Problembearbeitung ist bis zu einem gewissen Grad eine gesellschaftliche Notwendigkeit; vgl dazu die klassischen normsoziologischen Überlegungen von *Popitz* (1968).

[22] *Blankenburg* (1980) 46ff; tendenziell ähnlich *Miller/Sarat* (1980) sowie eine relativ aktuelle japanische Untersuchung, die für manche Fallgruppen jedoch auf deutlich geringere Mobilisierungsraten kommt; *Murayama* (2007).

meisten Haushalte stagnieren. Kredite sind zwar billig, werden aber auch viel restriktiver vergeben als früher. Als Folge sinkt die Zahl der zivilrechtlich relevanten Konflikte zum Zeitpunkt t_2 auf acht Millionen. Gleichzeitig steigt jedoch durch Zuwanderung die Bevölkerungszahl auf zwölf Millionen. Gerade die migrantische Population nimmt jedoch die staatliche Justiz deutlich seltener in Anspruch. Konflikte innerhalb der eigenen Community werden anders gelöst. Hinzu kommen Zugangshürden, die nicht zuletzt sprachlich bedingt sind.

Aber auch die Klagepraxis von Unternehmen und Anwaltskanzleien ändert sich stark: Unter primär ökonomischen Gesichtspunkten wird auf wenig aussichtsreiche Verfahren häufig verzichtet. Gleichzeitig gewinnen prozessvermeidende Schlichtungsmechanismen stark an Bedeutung – auch und gerade in grenzüberschreitenden Konstellationen und bei inhaltlich stark spezialisierten Gegenständen. Die Rechtskultur wird internationaler, risikosensibler und in Teilbereichen auch harmonieorientierter. Rechtsschutzversicherungen gestalten ihre Bedingungen vorsichtiger. Mediation und *Alternative Dispute Resolution* entwickeln sich zu eigenen Geschäftsfeldern. Für manche Materien steht eine neue Infrastruktur von Schiedsgerichten bereit. Schließlich stellt die Höhe der Gerichts- und Anwaltsgebühren für den Mittelstand zunehmend ein Problem dar. Zivilverfahren erscheinen für manche Bevölkerungsgruppen und Wirtschaftszweige immer weniger finanzierbar. Als Konsequenz all dessen reduziert sich die Mobilisierungsrate der inländischen Gerichte über die Jahre von fünf auf 3,5 Prozent. Statt 95 werden also nun 96,5 Prozent aller justiziablen Konflikte außerhalb der Justiz bearbeitet – eine Veränderung, die zunächst nicht allzu bedeutsam klingt. Was folgt jedoch daraus?

Zivilprozessrate t_2 = (8 Millionen/12 Millionen) x (280.000/8 Millionen) = 0,023

Die absolute Menge der Zivilverfahren hat sich nun beinahe halbiert (3,5 Prozent von acht Millionen = 280.000); die Zivilprozessrate ist sogar auf weniger als die Hälfte des Ausgangswerts gesunken. Justizpraxis und -verwaltung müssen dies – begreiflicherweise – als drastischen Rückgang erleben.

D. Thesen zur Erklärung des Rückgangs an Zivilverfahren

Das soeben geschilderte fiktive Bsp wurde absichtlich so konstruiert, dass sich seine Szenarien bereits als Vermutungen lesen lassen, wie das Sinken der Zivilprozessrate begreiflich zu machen wäre. Bevor nun explizite Thesen zur Erklärung des Klagerückgangs formuliert werden, sei noch festgehalten, dass zur aktuell beobachtbaren „Prozessebbe“ noch kaum Lit vorliegt. So gut wie alle relevanten Forschungen zu den Determinanten der Nachfrage nach Zivil-

justiz im Zeitverlauf stammen aus den 1970er und 80er Jahren, als den Gerichten eine – vermeintliche oder tatsächliche – „Überflutung“ drohte. Die vorliegenden Veröffentlichungen, die sich der gegenwärtigen Abnahme der Klageeingangszahlen in Deutschland widmen, gehen kaum über eine deskriptive Bestandsaufnahme des Phänomens hinaus.[23] Aktuelle Publikationen für Österreich fehlen überhaupt. Generell handelt es sich bei der Rechtswirklichkeit der streitigen Ziviljustiz und ihrer Alternativen um ein wenig erschlossenes Forschungsgebiet.

Für die Rechtssoziologie ist das Sinken der Zivilverfahrenszahlen zweifellos ein reizvoller Gegenstand. Er „verführt“, wie *Armin Höland* und *Caroline Meller-Hannich* bemerken, „zu weiten theoretischen Würfen im Verhältnis von Gesellschaft, Konflikten und Formen der Streitbeilegung.“ Angesichts unterschiedlicher Rahmenbedingungen im Spektrum der einzelnen (deutschen) Gerichtszweige seien solche Bemühungen aber wenig aussichtsreich. So habe etwa „die Konsolidierung der Rechtslage im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende (‚Hartz IV‘) andere Ursachen als der Ausbau von Schieds- und Schlichtungsstellen in den Bereichen beispielsweise von Banken und Versicherungen, Pauschalreisen oder öffentlichem Personennahverkehr.“[24]

Dem Autorenduo ist insofern beizupflichten, als es gilt, die der „Prozessebbe“ zugrundeliegenden Erscheinungen je nach Rechtsmaterie genau zu beschreiben und differenziert zu erklären. Beim Rückgang der Zivilverfahrensrate handelt es sich sehr wahrscheinlich um einen multikausalen Vorgang, der nicht auf den Nenner einer eindimensional-pauschalen soziologischen Zeitdiagnose – wie etwa der einer „Risikogesellschaft“[25] – zu bringen ist. Die Zurückhaltung der Rechtssubjekte beim Klagen kann im Detail auch völlig banale Ursachen haben. Dennoch verwundert die sozialtheoretische Bescheidenheit der deutschen Kollegen ein wenig: Gerade wenn sich über ganz unterschiedliche Verfahrenssparten hinweg und auch in unterschiedlichen Ländern[26] der gleiche Trend zeigt, könnte dies auf gesamtgesellschaftli-

---

[23] S *Graf-Schlicker* (2014) sowie die Beiträge in dem von *Höland/Meller-Hannich* (2016) herausgegebenen Sammelband.
[24] *Höland/Meller-Hannich* (2016) 13; Skepsis gegenüber generalisierenden Erklärungen äußert auch *Rottleuthner* (2016) 102.
[25] *Beck* (1986).
[26] Damit soll freilich keine universelle, für alle westlich-kapitalistischen Staaten und Rechtskulturen gleich verlaufende Tendenz unterstellt werden. Die Nachfrage nach Ziviljustiz folgt vermutlich überall spezifisch nationalen Entwicklungspfaden, die nicht nur von historischen Besonderheiten, sondern auch von rechtspolitischen, institutionellen und ökonomischen Rahmenbedingungen abhängen. In den Niederlanden und in Japan, traditionell Länder mit niedrigen Prozessraten (vgl *Wollschläger* 1998), scheint die Mobilisierung der Zivilgerichte in der jüngs-

che Strukturverschiebungen hindeuten, die sich im Rechtsleben niederschlagen.[27] Und gerade dann ist soziologische Phantasie und theoretische Kreativität gefragt, um das Spektrum der Phänomene angemessen zu verstehen und zu erklären. Dabei ist es jedoch hilfreich, zunächst mögliche justiz- und rechtssysteminterne und erst dann fernere sozioökonomische Ursachen in den Blick zu nehmen – auch wenn sich diese Bereiche nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen lassen.

1. Justiz- und rechtssysteminterne Verfahrenshindernisse

These 1: Gerichtsgebühren und andere Zugangshürden zur Justiz senken die Klagebereitschaft.

Gelegentlich wird in medialen Beiträgen die Höhe der Gerichtsgebühren in Österreich thematisiert – meist in kritischer Absicht.[28] So stellte etwa *Gerhard Jelinek*, Präsident des OGH Wien, in einem „Presse"-Interview zu seiner Amtseinführung einen Zusammenhang zwischen abschreckenden Gebühren und sinkenden Verfahrenszahlen her:[29]

„Es hat eine Wertgrenzennovelle gegeben, die Zuständigkeiten von den Landesgerichten zu den Bezirksgerichten verschoben hat. Sie hat zu einer deutlichen Reduzierung der Anfallszahlen bei den Landesgerichten geführt, aber bei den Bezirksgerichten nicht zu einer Erhöhung. Es fehlen uns Prozesse. Nun gibt es mittlerweile sehr viele alternative Streitschlichtungsmöglichkeiten, aber den so drastischen Rückgang kann man schon in Zusammenhang bringen mit der Erhöhung der Gebühren."

Als alleinige Erklärung für den Prozessrückgang taugen die Gerichtsgebühren jedoch nicht, kommen doch zu jedem Verfahren noch weitere Kosten hinzu: neben den Gebühren für Anwälte und Gutachten sind das auch Kosten nichtfinanzieller Natur wie die vermutete Verfahrensdauer oder, bei Privatpersonen, die psychische Belastung eines gerichtlichen Streits. Das antizipierte Ausmaß an *Verfahrenskosten* insgesamt hat indessen zweifellos einen großen

---

ten Vergangenheit etwa deutlich angestiegen zu sein; siehe *Blankenburg/Niemeijer* (2014); *Hoetker* (2006).

[27] So weist etwa die rasche Verbreitung der Mediation als sozialer Technik – von Schulhofraufereien über Sorgerechtsstreitigkeiten bis hin zu umweltrechtlichen Großverfahren oder internationalen Konflikten – durchaus auf symptomatische Veränderungen des Herstellens von sozialer Harmonie in Gegenwartsgesellschaften hin; vgl *Bröckling* (2002).

[28] Vgl *Fellner* (2017).

[29] *Aichinger/Kommenda* (2015).

Einfluss auf Entscheidungen, Rechtsansprüche einzuklagen oder nicht.[30] Selbst bei vergleichsweise bescheidenen Streitwerten und einfachen Sachverhalten kann der monetäre Aufwand eines Zivilprozesses schnell stattliche vier- bis fünfstellige Eurobeträge erreichen. Insb für Rechtssuchende aus dem Mittelstand, die weder rechtsschutzversichert noch verfahrenshilfeberechtigt sind, stellt das Finanzieren eines Rechtsstreits vor Zivilgerichten mitunter eine kaum zu überwindende Hürde dar – ganz abgesehen von den potenziell ruinösen Folgen einer Niederlage.[31]

Der Input in das Gerichtssystem wird indessen nicht nur durch Kosten, sondern auch durch dessen Zugänglichkeit für die Rechtssubjekte determiniert. Die konkrete Ausgestaltung der Verfahrenshilfe, des Amtstages und des Dolmetscherwesens bestimmen mit, wie hoch sich die Schwellen des *Zugangs zur Justiz* für einkommensschwächere oder migrantische Bevölkerungsteile darstellen. Hinzu kommen Möglichkeiten des Einbringens von Klagen. Obwohl mit dem elektronischen Rechtsverkehr in Österreich diesbezüglich ein vergleichsweise schnelles und einfaches Instrument zur Verfügung steht, könnte sich hier die Wahrnehmung der Bevölkerung angesichts der generellen Beschleunigung vieler Dienstleistungen durch die Digitalisierung verändert haben.[32]

These 2: Die Justiz ist mit einem Autoritätsverlust konfrontiert.

Bis zu einem gewissen Grad als rechtssysteminterner Faktor muss auch das generelle *Vertrauen in die Justiz* angesehen werden, obwohl es nicht zuletzt von der medialen Berichterstattung über spektakuläre Einzelfälle strafrechtlicher Natur abhängen dürfte.[33] Durch Öffentlichkeitsarbeit und den täglichen Kontakt zu den Bürgerinnen und Bürgern gestaltet die Justiz ihr „Image" aber auch aktiv mit. Selbst wenn nicht davon auszugehen ist, dass das Vertrauen in die Gerichte allgemein signifikant abgenommen hat, gibt es dennoch Hinweise darauf, dass viele Normunterworfene deren Autorität nicht mehr selbstverständlich akzeptieren – insb dann, wenn sie von für sie nachteiligen Entschei-

[30] Darauf weisen mikroökonomische Modellansätze zurecht hin; vgl *Spier* (2007). Aus soziologischer Sicht kann freilich bezweifelt werden, dass die Rechtswirklichkeit von Klageentscheidungen stets einem rationalen Kosten-Nutzen-Kalkül folgt.

[31] Die auch Verfahrenshilfe genießende Parteien treffen, haben sie doch der obsiegenden Gegenpartei deren Kosten zu ersetzen.

[32] Vgl für Deutschland *Greger* (2016).

[33] Vgl *Rottleuthner* (2016) 112.

dungen betroffenen sind.[34] „Reichsbürger" und andere verhaltensoriginelle „Staatsverweigerer" sind mit ihren bizarren selbstgebastelten Ausweisen vielleicht nur der extreme Ausdruck einer weiter in die Gesellschaft hineinreichenden Unzufriedenheit mit dem Nationalstaat und seinen Repräsentanten, deren Problemlösungskompetenz in einer komplexer werdenden Welt zunehmend auch bezweifelt wird.

2. Sinkende Mobilisierung der Gerichte

These 3: Zunehmend verfügbare Alternativen zur Justiz reduzieren deren Geschäftsanfall.

Zum Rückgang des Prozessanfalls tragen indessen auch sehr wahrscheinlich Umstände bei, die nicht unmittelbar zur Sphäre der Gerichte gehören. Va der Ausbau vielfältiger *Alternativen zur Justiz* könnte zum Sinken der Klageeingangszahlen geführt haben. Mit unterschiedlichen Formen von Schlichtungsstellen, Schiedsgerichtsbarkeit, Mediation und *Alternative Dispute Resolution (ADR)* hat sich für viele inhaltliche Materien eine ganze Palette an Angeboten zu Streitbeilegung jenseits der staatlichen Justiz ausdifferenziert. ZT sind solche Foren auch schon ins Internet gewandert: *Online Dispute Resolution (ODR)* ist heute keine Science Fiction mehr, sondern ua Gegenstand einer EU-Richtlinie, die in Österreich im Rahmen des Bundesgesetzes über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten (Alternative-Streitbeilegung-Gesetz – AStG) umgesetzt wurde.[35]

---

[34] In einer aktuellen Radio-Dokumentation zur Praxis des Gerichtssachverständigenwesens schildert eine interviewte Richterin, dass den Gründen gutachterlicher und richterlicher Entscheidungen ihrer Wahrnehmung nach immer weniger bereitwillig geglaubt werde. Dies habe auch mit einer gestiegenen Komplexität der zu entscheidenden Fragen zu tun; „Im Dienste der Justiz", *Ö1 Dimensionen* vom 21.2.2019.

[35] Im Jahr 2017 sind bei den acht österreichischen Verbraucherschlichtungsstellen nach AStG insgesamt 6.310 Verfahren eröffnet worden (*Jahresberichte 2017 der Stellen zur Alternativen Streitbeilegung gemäß § 4 Abs 1 AStG, telefonische Recherche*). Diese Menge erscheint im Lichte der Zahl von über 400.000 im selben Jahr angefallenen bezirksgerichtlichen Zivilverfahren zwar gering, kann aber auch nicht als bedeutungslos abgetan werden. Das Feld der Mediation reicht indessen weit über Konsumentenschutzmaterien hinaus. Der 1995 gegründete Österreichische Bundesverband für Mediation hat derzeit über 2.300 Mitglieder; s www.oebm.at/oebm.html (28.2.2019). Die Zahl der Berufsrichter/innen beläuft sich auf etwa 1.700; www.justiz.gv.at/web2013/home/justiz/berufe-in-der-justiz/richterinnen--richter~8ab4a8a422985de30122a92cfab56386.de.html (28.2.2019).

These 4: Ein erhöhtes Risikobewusstsein verringert das Klageaufkommen.

Unabhängig von alternativen Konfliktlösungsmechanismen dürfte die Bereitschaft zum Mobilisieren der staatlichen Gerichte infolge eines stärker ausgeprägten *Risikobewusstseins der Rechtssubjekte* abgenommen haben.[36] Häufig klagende Parteien wie Versicherungsgesellschaften – in der Rechtssoziologie spricht man von *repeat players*[37] – treffen ihre Entscheidungen, Rechtsansprüche einzuklagen, wahrscheinlich zunehmend nach rein wirtschaftlichen Kriterien und nehmen von wenig aussichtsreichen Verfahren Abstand, zumal in inhaltlich bereits dicht ausjudizierten Materien.[38] Dies wird sich – gerade in ökonomisch angespannten Zeiten – auch deswegen auf die massenhafte Verbreitung von Zivilverfahren auswirken, da es sich bei unbeeinsprucht bleibenden Mahnklagen juristischer Personen wegen vergleichsweise geringfügiger Geldforderungen, bei denen auf Beklagtenseite natürliche Personen stehen, um den mit Abstand am meisten verbreiteten Typus der Mobilisierung von Gerichten handeln dürfte.[39] Möglicherweise ist die Einbringlichkeit von Forderungen durch Klagen und Exekutionen tatsächlich gesunken. Umgekehrt könnte die wahrgenommene Komplexität bestimmter Rechtsgeschäfte (etwa Verträge mit Auslandsberührung, die im Internet über Zwischenhändler abgewickelt werden, zB bei Flugtickets, Hotelbuchungen oder Autovermietungen) hingegen auch gerade prozessunerfahrene Privatpersonen davon abhalten, sich auf ein unberechenbares Einfordern von Kompensation für verschmerzbare Verluste einzulassen.

Eine gestiegene Vorsicht gegenüber riskanten Prozessführungen spielt für die Deckungspraxis der Rechtsschutzversicherungen wahrscheinlich ebenfalls eine gewisse Rolle. Zu untersuchen wäre, wie sich die Verbreitung entsprechender Polizzen entwickelt hat:[40] Während eine Zunahme auf den ersten Blick für

---

[36] Als sozialtheoretische Grundlage für diese Vermutung können Überlegungen dienen, wonach schicksalhafte *Gefahren* diskursiv zunehmend in (vermeintlich oder tatsächlich) beherrsch- und zurechenbare *Risiken* transformiert werden; s etwa *Luhmann* (1991) 111f; vgl auch *Beck* (1986).

[37] S dazu den klassischen Aufsatz von *Galanter* (1974).

[38] Im Hinblick auf Kfz-Haftpflichtversicherungen könnte etwa die Praxis von „Freischaden"-Regelungen die Notwendigkeit reduzieren, bei Verkehrsunfällen die Verschuldensfrage auszustreiten.

[39] Im Jahr 2017 waren etwas mehr als zwei Drittel aller streitigen Zivilsachen in Österreich vereinfachte bezirksgerichtliche Verfahren wegen Geldforderungen bis € 15.000, die ohne Verhandlung und Vernehmung der beklagten Personen oder ihrer Vertreter in einem rechtskräftigem Zahlungsbefehl mündeten. Der Anteilswert dieser Verfahrensart ist für das letzte Jahrzehnt trotz insgesamt sinkender Prozesszahlen ziemlich konstant; vgl *Fuchs* (2012); *Mayr* (2008). Zum Überhang juristischer Personen auf Klagendenseite vgl *Hanak* (1988).

[40] Gem der von der *Finanzmarktaufsicht* veröffentlichten Österreichischen Versicherungsstatistik hat sich im Bereich „Schaden-Unfall" das Jahresvolumen der „abgegrenzten Prämien" für die Kategorie „Rechtsschutz direkt" zwischen 2002 und 2017 von 296 auf 516 Millionen Euro er-

ein Mehr an Prozessen sprechen würde, könnte das Einschalten von „Vertrauensanwälten“ den Geschäftsanfall bei der Justiz auch reduzieren.[41]

Generell ist zu vermuten, dass der Aspekt der Prozessvermeidung nicht nur in wirtschaftlich-unternehmerischen Zusammenhängen, sondern auch im Bereich der Anwaltschaft an Bedeutung gewonnen hat. Gerade im höheren Streitwertbereich könnten sich *konfliktpräventive Vertragsgestaltungen* entsprechend auf die Verfahrensstatistik auswirken. Möglicherweise trägt auch eine Zunahme des simultanen Geltendmachens einer Vielzahl von Rechtsansprüchen über *Sammelklagen* zum Sinken der Verfahrenszahlen bei. Dabei treten Betroffene ihre Ansprüche im Wege von Zessionen an einzelne Kläger ab – meist an Verbände wie dem Verein für Konsumenteninformation. Obwohl es sich dabei nicht eigentlich um einen Rückgang der Mobilisierung von Zivilgerichten handelt, wirkt sich diese Praxis in der Statistik aus, da anstatt vieler Verfahren nur ein einziges gezählt wird.

3. Sozioökonomischer Wandel

These 5: Digitalisierung und Transnationalisierung machen den Gang zu inländischen Gerichten weniger selbstverständlich.

Abgesehen von Veränderungen im Bearbeiten von Konflikten und Verfolgen von Rechtsansprüchen wirken sich sehr wahrscheinlich auch allgemeinere gesellschaftliche und wirtschaftliche Transformationen auf den Geschäftsanfall der Justiz aus. In den letzten zwei Jahrzehnten haben infolge der Globalisierung *transnationale Verflechtungen* stark zugenommen, sodass inländische Gerichtsstände weniger selbstverständlich werden.[42]

Damit einher geht die *Digitalisierung* vieler Lebensbereiche durch den rapiden Ausbau neuer Informations- und Kommunikationstechnologien, wodurch

höht; s www.fma.gv.at/versicherungen/abfragen/versicherungsstatistik/ (28.2.2019). Inflationsbereinigt entspricht dies einem Zuwachs von 32 %, während das reale Bruttoinlandsprodukt in diesem Zeitraum um 25 % wächst (*Statistik Austria*). Daraus kann vorsichtig auf eine eher gestiegene Bedeutung von Rechtsschutzversicherungen geschlossen werden.

[41] Vgl dazu *Rottleuthner* (2016) 113.

[42] Und zwar auch deshalb, da eine Vervielfältigung global agierender Konfliktlösungsinstanzen zu beobachten ist, die jenseits nationaler Strukturen für bestimmte Sektoren der zunehmend funktional statt territorial differenzierten Weltgesellschaft arbeiten – das ist zumindest die sozialtheoretisch-völkerrechtliche These von *Fischer-Lescano/Teubner* (2006), die dabei (iSv *Teubners* „globaler Bukowina“) von einer Art neuem Rechtspluralismus ausgehen.

sich auch bestimmte Formen massenhaft abgeschlossener Verträge wandeln. So setzen etwa gegenwärtig die meisten Verkaufsportale im Internet vollständige Vorauszahlung mit Kreditkarte oder Bankeinzug voraus – ganz im Unterschied zum Versandhaushandel älteren Stils, für den Verlockungen durch aufgeschobene Zahlungen (und die damit verbundenen höheren Preise) geradezu zum Geschäftsmodell gehören. Diese Usancen des Online-Handels dürften das Vorkommen justiziabler Leistungsstörungen deutlich reduziert haben.

These 6: Die gesamtwirtschaftliche Entwicklung hemmt die Nachfrage nach Ziviljustiz.

Auch wenn die Zivilprozessrate nicht einfach nur als eine Funktion von makroökonomischen Parametern begriffen werden kann, so hat die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung dennoch zweifellos eine Auswirkung auf die Zahl der privatrechtlich relevanten Beziehungen und Konflikte, in deren Zuge überhaupt erst vertragliche oder deliktische Ansprüche geltend gemacht werden können. Nach dem Schock der globalen Finanzkrise im Jahr 2008 ist das reale Bruttoinlandsprodukt pro Kopf in Österreich – wie im gesamten Euroraum – nur verhalten gewachsen.[43] Wie Tabelle 6 verdeutlicht, sind die Konsumausgaben der privaten Haushalte hinter der Entwicklung des Wertes der produzierten Güter und Dienstleistungen insgesamt zurückgeblieben. Manche Zweige der „Realwirtschaft“[44] stagnieren oder sind überhaupt mit sinkender Produktion konfrontiert – so verzeichnete etwa die für den Geschäftsanfall der Gerichte vermutlich nicht unwichtige Baubranche im Jahr 2017 eine deutlich geringere Bruttowertschöpfung als noch zu Mitte der 1990er Jahre. Gleichzeitig wächst der Bereich der Finanzdienstleistungen schneller als die meisten übrigen Wirtschaftsbereiche. Somit wachsen auch die Einkünfte aus Kapital stärker als die Gesamtwirtschaft. Dadurch droht die soziale Ungleichheit zuzunehmen.[45] Auf den sozialen Frieden und das gesellschaftliche Konfliktpotenzial dürfte sich dies einerseits zwar durchaus ungünstig auswirken.[46]

---

[43] S Abbildung 8.

[44] Insofern die Unterscheidung zwischen Real- und Finanzwirtschaft an die nationalsozialistische Dichotomie aus „schaffendem“ und „raffendem“ Kapital erinnert, hat sie problematische antisemitische Konnotationen. Eine solche Wertung ist hier selbstverständlich nicht gemeint. *Galanter* (2000) weist im Übrigen interessanterweise darauf hin, dass Beschwerden über maßloses, schikanöses oder betrügerisches Prozessieren immer wieder mit antijüdischen Ressentiments verbunden wurden.

[45] So die jüngst viel beachtete Argumentation des französischen Wirtschaftswissenschaftlers Thomas *Piketty* (2014); vgl auch den Befund einer „Abstiegsgesellschaft“ von *Nachtwey* (2016).

[46] Dazu passt der etwas kryptische Ausblick, den *Rottleuthner* seiner Analyse der aktuellen Prozessebbe in Deutschland gibt: „Soziologisch wäre heute zu fragen – wie in der Phase der kleinen Prozessflut zum Ende des 20. Jahrhunderts –, ob der Grad der Mobilisierung der Gerichte etwas aus-

Andererseits vermag eine hypertrophe Expansion des Finanzsektors aber auch den Massenkonsum und das Wirtschaftswachstum insgesamt eher zu hemmen,[47] was wiederum zum Sinken des Aufkommens an Zivilverfahren beitragen sollte.

	Reales Bruttoinlands-produkt	**Konsum-ausgaben der Privat-haushalte**	**Bruttowertschöpfung ausgewählter Branchen**		
			Bau	**Handel**	**Finanz- und Versiche-rungsdienstleistungen**
1995	100	100	100	100	100
2000	116	112	106	118	145
2005	126	122	111	127	166
2010	135	129	96	136	208
2015	142	131	90	141	208
2017	149	135	93	144	213

Tabelle 6: Entwicklung ausgewählter volkswirtschaftlicher Kenngrößen in Österreich, 1995-2017 (jeweils verkettete Volumenindizes, 1995 = 100)[48]

Eng mit der wirtschaftlichen Konjunkturentwicklung verbunden ist das Ausmaß der Arbeitslosigkeit. Das Auf und Ab der Arbeitslosenzahlen dürfte – zumindest in Deutschland – die Inanspruchnahme der Arbeitsgerichte unmittelbar beeinflussen.[49]

These 7: Demographische Verschiebungen führen zu weniger Zivilverfahren.

Es ist anzunehmen, dass sich auch demographische Veränderungen auf die Prozessrate auswirken. Private Kläger stehen vermutlich eher in der Lebensmitte, während es sich bei beklagten natürlichen Personen möglicherweise –

sagt über den Zustand der Gesellschaft. Auch wenn es eine Grundeinsicht der rechtssoziologischen Forschung ist, dass die Konflikte vor Gericht kein repräsentatives Abbild der Konflikte in der Gesellschaft sind, wäre zu fragen, ob das gerichtliche Geschehen doch etwas über die gesellschaftlichen Zustände ‚indiziert'. […] Können wir vielleicht heute – angesichts der Prozessebbe in den meisten Gerichtsbarkeiten – annehmen, dass das Konfliktpotential in der Gesellschaft abgenommen habe? Aber vielleicht hat sich die Austragung von Konflikten in ganz andere Bereiche verlagert? Nicht auf das Feld der gepriesenen ‚Alternativen', sondern vielleicht auf das Internet, in Fernsehshows, auf die Straßen (in Form von aggressivem Fahrverhalten oder Demonstrationen). Da tut sich ein gewaltiges Dunkelfeld auf."; *Rottleuthner* (2016) 122.

[47] Vgl *Cournède* et al (2015).

[48] *Statistik Austria* (2018).

[49] S sogleich unten E.; vgl für Baden-Württemberg zwischen 1971 und 2014 *Natter* (2016) 50.

ähnlich wie bei den Beschuldigten in Strafverfahren – überdurchschnittlich oft um junge Erwachsene handelt. Wenn dies zutrifft, wären ältere und betagte Menschen seltener Parteien in Zivilverfahren. Die *Alterung der Gesellschaft* könnte daher zum Rückgang der streitigen Zivilverfahren beitragen. Wichtiger als diese längerfristige Verschiebung sind wahrscheinlich jedoch die Effekte von *Migration*: Es ist davon auszugehen, dass Angehörige zugewanderter Bevölkerungsteile die Justiz eher seltener und weniger selbstverständlich in Anspruch nehmen als Bürger/innen ohne Migrationshintergrund. Dabei könnten nicht nur die bereits erwähnten Sprachbarrieren eine Rolle spielen, sondern auch abweichende kulturelle Muster im Hinblick auf das Verhältnis zu staatlichen Instanzen sowie alternative Abhilfen innerhalb der eigenen Community. Damit gehen vermutlich stark familiär geprägte unternehmerische Strukturen einher, zu denen auch Finanzierungsmodelle jenseits der Banken gehören. Hinzu kommt, dass gerade Angehörige der ersten Einwanderergenerationen möglicherweise einen besonders angepassten oder sogar unterwürfigen Habitus pflegen, der zum passiven „Versickern-Lassen" von Unrechtserfahrungen neigt.

These 8: Soziale Beschleunigung und Ökonomisierung mindern die Bereitschaft, die Unsicherheit eines Zivilprozesses hinzunehmen.

Eine soziologische Betrachtung der gegenwärtigen Prozessebbe sollte bei allen Besonderheiten des Gegenstandes letztlich auch den Anschluss an aktuelle gesellschaftstheoretische Entwürfe und Zeitdiagnosen finden, die zumindest heuristisch durchaus fruchtbar sein können.[50] Neben der schon erwähnten Risikogesellschaft seien hier beispielhaft Ansätze erwähnt, die von einer zunehmenden *Ökonomisierung* und *Beschleunigung* sämtlicher Sozialbeziehungen ausgehen.[51] Ein Zivilprozess kostet viel Geld. Ausgang und Dauer sind ungewiss.[52] Die damit verbundene Unsicherheit wird im hochtourig getakteten ge-

[50] Vgl *Fuchs* (2015) für das komplementäre Phänomen der stark gestiegenen Inanspruchnahme von Rechtsinstituten der Vertretung psychisch erkrankter oder kognitiv beeinträchtigter Menschen.

[51] Vgl nur *Rosa* (2005); *Bröckling* (2007).

[52] Den mittlerweile klassischen systemtheoretischen Überlegungen von *Luhmann* (1969) zufolge gehört es soziologisch gesehen zu den wesentlichen Funktionen von rechtsförmigen Verfahren, dass sie *Dissens* – und damit aber notwendigerweise auch „Unsicherheit" – *erlauben* und institutionell einhegen, unter anderem dadurch, dass sie die Beteiligten auf bestimmte Rollen festlegen. Dergestalt erzeugen sie (jenseits von Wahrheit oder Ergebnisgerechtigkeit) Legitimität, sodass auch unterlegene Parteien die Entscheidungen der Gerichte akzeptieren. Die Legitimationswirkung von Verfahren ist normativ betrachtet aber auch auf gewisse Standards an Fairness und diskursiver Rationalität angewiesen; vgl *Habermas* (1992). All das benötigt *Zeit*.

sellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben der Gegenwart vermutlich nicht mehr einfach so hingenommen. So gesehen ist es plausibel, dass rein utilitaristisch-instrumentelle gegenüber symbolisch-expressiven Formen der Mobilisierung von Gerichten die Überhand gewinnen. Erhellend könnte auch die sozialtheoretische Überlegung sein, dass sich moderne Gesellschaften zunehmend nur noch dynamisch zu stabilisieren vermögen: Um ihre Struktur zu erhalten und aufs Neue hervorzubringen, sind sie systematisch auf Wachstum, Innovation und Beschleunigung angewiesen.[53] Vor diesem Hintergrund ist es vielleicht kein Zufall, wenn das gegenwärtige Stottern des ökonomischen Fortschrittsmotors von rezessiven Entwicklungen in anderen Bereichen begleitet wird: Die bloße *Stagnation* der Wirtschaft würde demnach bereits ausreichen, um die Nachfrage nach Ziviljustiz *sinken* zu lassen. Sozialem Innovationsdruck wäre hingegen das Etablieren stets neuer Alternativen zur Justiz geschuldet, die dieser ihr angestammtes Terrain streitig machen.

E. Entwicklung der Verfahrensarten im Vergleich mit Deutschland

Abbildung 11 zeigt die Entwicklung der Zivilprozessraten seit 1995 im Vergleich mit Deutschland und nach Verfahrensarten getrennt. Für den Neuanfall an Arbeitsgerichtsverfahren sind zusätzlich die Arbeitslosenquoten dargestellt. Die Kategorie „Zivilverfahren gesamt" (links oben) beinhaltet die – quantitativ in beiden Ländern den Löwenanteil ausmachenden – Mahnverfahren vor den Bezirks- bzw Amtsgerichten und sonstige Prozesse auf dieser Ebene sowie alle anderen in der Abbildung ausgewiesenen Verfahrensarten.

[53] Vgl *Rosa* (2016) 671ff.

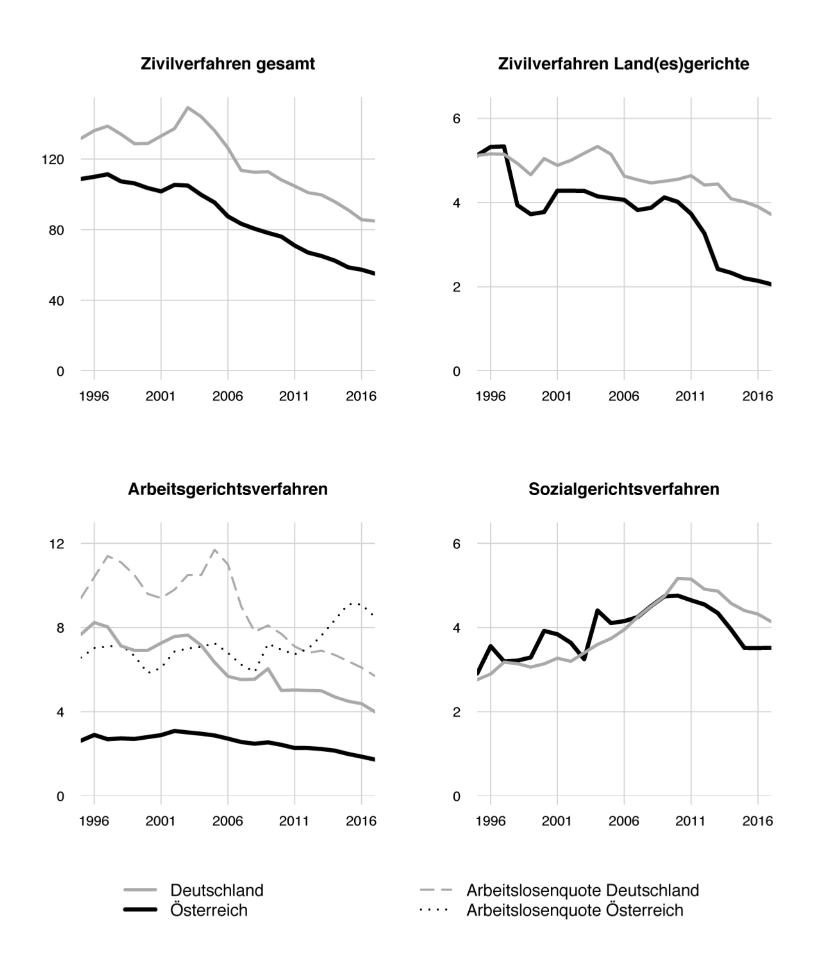


Abbildung 11: Anfall an erstinstanzlichen streitigen Zivilverfahren in Deutschland und Österreich pro 1.000 der Bevölkerung nach Verfahrensarten sowie Arbeitslosenquoten in Prozent (nationale Definitionen), 1995-2017[54]

Das Miteinbeziehen der Sozialgerichtsbarkeit in die gesamte Menge an „streitigen Zivilverfahren" ist aus deutscher Sicht nicht selbstverständlich. Die Dar-

[54] Datengrundlagen: *Statistisches Bundesamt*, Fachserie Rechtspflege (Deutschland); *Statistik Austria* bzw *BIS Justiz*, *Wirtschaftskammer* (Österreich); eigene Berechnungen.

stellung folgt hier aus Gründen der Vergleichbarkeit der Logik der österreichischen Gerichtsorganisation.

Zunächst fällt auf, dass die Zeitreihen für alle Verfahrensarten insgesamt in beiden Ländern verblüffend parallel verlaufen.[55] Die Annahme liegt nahe, dass dies kein Zufall ist: Vermutlich werden hier – ökonomische, soziale und demographische – Determinanten wirksam, die sich nicht (wie bestimmte Gebührenregelungen) auf einzelne Rechtsordnungen beschränken. Die engen volkswirtschaftlichen Beziehungen Österreichs zum großen Nachbarland dürften ebenfalls eine Rolle spielen. Auch im Hinblick auf Prozesse vor den Land- bzw Landesgerichten zeigt sich für beiden Staaten eine klar abnehmende Tendenz. In Österreich kam es mit der 2013 in Kraft getretenen Verschiebung der Wertgrenzen zu einem drastischen Rückgang an Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz.

Prozesse vor den Arbeitsgerichten gehen in Österreich im Gegensatz zu Deutschland nur schwach zurück. Dort scheint die Entwicklung der Verfahren eng mit dem Auf und Ab der Arbeitslosenzahlen zusammenzuhängen.[56] Für Österreich ist diese Beziehung, wenn überhaupt vorhanden, sichtlich weniger eindeutig. Dies dürfte – ebenso wie die geringere Rate an arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor den Gerichten – nicht zuletzt an der stärker konsensorientierten sozialpartnerschaftlichen Kultur der Alpenrepublik liegen. Dessen ungeachtet schwingen die Kurven der sozialgerichtlichen Verfahrensraten wiederum überraschend parallel – und bis vor kurzem gegen den allgemeinen rückläufigen Trend. In beiden Ländern kam es ab 2003 zu weitreichenden Einschränkungen sozialer Leistungen („Hartz-Gesetze", „Pensionsreform" des Kabinetts Schüssel II), die eine starke Zunahme an Klagen vor den Sozi-

---

[55] Die veröffentlichte deutsche Rechtspflegestatistik enthält keine Informationen über Widersprüche gegen Mahnverfahren. Auf ihrer Grundlage lässt sich nicht sagen, ob Mahnverfahren, die in ein ordentliches Verfahren übergehen, in beiden Sparten als eingegangene Klage gezählt werden. Falls die Fälle tatsächlich doppelt erfasst sind, wäre die Zeitreihe für Deutschland der Zivilverfahren insgesamt in Abbildung 11 – nach Maßgabe einer geschätzten Widerspruchsquote von 10 %; vgl *Musielak/Voit* (2018) § 688 ZPO Rn 2 – um etwa 7 % (oder sechs Verfahren pro 1.000 der Bevölkerung) nach unten zu korrigieren.

[56] Die genaue Art der Kausalbeziehung wäre näher zu untersuchen. Bis in die jüngste Vergangenheit gingen Zu- oder Abnahmen an Klagen dem Steigen oder Sinken der Arbeitslosenquote deutlich voraus. Demnach schien ein Abbau an Beschäftigten in Unternehmen zu einem Anstieg an Kündigungsschutzklagen zu führen, der sich aufgrund von Kündigungsfristen erst mit Verzögerung auf die Arbeitslosenzahlen auswirkte; vgl *Natter* (2016) 59f. Seit etwa zehn Jahren ist dieser zeitliche Zusammenhang so nicht mehr zu beobachten. Dies könnte nicht zuletzt an einer Zunahme atypischer Beschäftigung (Geringfügigkeit, Leiharbeit) liegen. Aus prekären Arbeitsverhältnissen wird vermutlich seltener geklagt, was abgesehen von der Konjunkturentwicklung zum Sinken der Klageeingangszahlen bei den Arbeitsgerichten beitragen dürfte; vgl *Rottleuthner* (2016) 16.

algerichten nach sich zogen. Diese Verfahrensfluten sind nach vielfacher gerichtlicher Klärung der Rechtslage wieder abgeebbt, sodass seit 2010 in Deutschland und Österreich auch die Zahlen an Verfahren vor den Sozialgerichten stetig sinken.[57]

F. Entwicklung von Fallgruppen und Streitwerten in Österreich

Das elektronische Aktenverwaltungssystem der österreichischen Justiz erlaubt ein statistisches Beschreiben von Zivilverfahren nach Gruppen von Streitgegenständen und Streitwerten. Im Rahmen der Arbeit an diesem Beitrag war es möglich, auf eine eigene Abfrage der entsprechenden Daten zurückzugreifen.[58]

Abbildung 12 zeigt die Entwicklung der streitigen Verfahren vor den Bezirksgerichten (Register „C“) nach Fallcodes. Die Darstellung ist aus Gründen der Übersichtlichkeit so gewählt, dass die häufigsten vier inhaltlich bestimmten Kategorien von Streitsachen ausgewiesen sind und alle anderen Fallcodes der Residualkategorie „Sonstiges“ zugerechnet wurden.[59] Die stärksten Rückgänge gibt es bei den Fallgruppen „Lieferung/Kaufpreis“ (-63 %) und „Werklohn/Honorar“ (-48 %). Bezirksgerichtliche Klagen aus Kauf- und Werkverträgen gehen zusammen zwischen 2001 und 2017 um mehr als die Hälfte von knapp über 200.000 auf knapp unter 100.000 zurück. Verfahren, in denen es um Beiträge (-31 %) oder Ansprüche aus Versicherungsverträgen geht (-36 %), schrumpfen hingegen schwächer als alle Prozesse zusammen (-43 %).

[57] Vgl für Deutschland *Rottleuthner* (2016) 117f.

[58] Für die Möglichkeit des Datenzugangs herzlich gedankt sei *Georg Stawa, Peter Bauer* und *Gerhard Nogratnig* (Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz). Die in diesem Abschnitt verwendeten Zahlen decken sich aus technischen Gründen nicht exakt mit den bei *Statistik Austria* veröffentlichten Rechtspflegedaten, die den Abbildungen 8 und 11 zugrunde liegen.

[59] Die fünf häufigsten darin vorkommenden Fallcodes sind (in absteigender Reihenfolge) im Jahr 2017: „Sonstiger Anspruch – allgemeine Streitsache“, „Massenbeförderungsmittel“, „Räumung“, „Darlehen/Kredit/Bürgschaft“ und „Versorgungsleistung“. Zusammen machen sie 63 % der Kategorie „C Sonstiges“ aus. Rechtssoziologische Schlüsse aus den Daten der Justizverwaltung setzen selbstverständlich voraus, dass die Codes durch das Kanzleipersonal im Großen und Ganzen sachlich richtig und über den Beobachtungszeitraum hinweg konsistent eingetragen werden. In Ermangelung von Prüfmöglichkeiten muss diese Bedingung hier als erfüllt unterstellt werden. Im Rahmen der Datenanalyse fanden sich jedenfalls keine Hinweise auf offenkundig unplausible Werte.

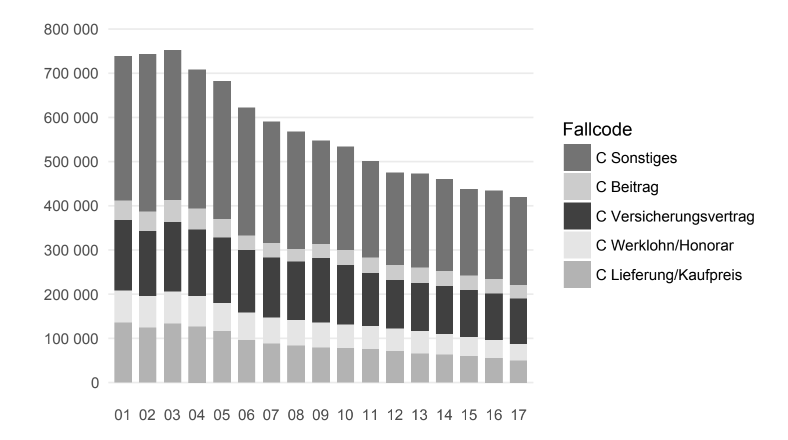


Abbildung 12: Anfall an streitigen Zivilverfahren vor den Bezirksgerichten (Register „C“) nach Fallcodes, absolute Zahlen, 2001-2017[60]

Abbildung 13 enthält ebenfalls eine Darstellung nach Fallcodes, allerdings für Verfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz in allgemeinen Streitsachen (Register „Cg“). Deutlich zu erkennen ist hier wiederum der durch die letzte Wertgrenzennovelle ausgelöste Sprung nach unten.

[60] Datengrundlage: *Bundesrechenzentrum*, eigene Berechnungen.

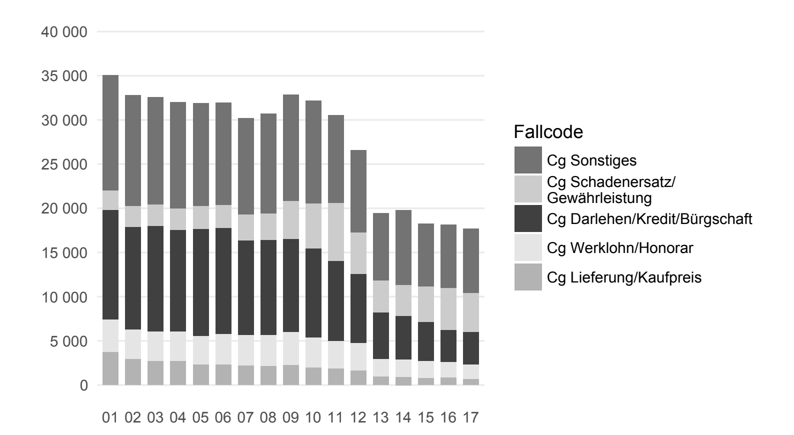


Abbildung 13: Anfall an streitigen Zivilverfahren vor den Gerichtshöfen erster Instanz in allgemeinen Streitsachen (Register „Cg") nach Fallcodes, absolute Zahlen, 2001-2017[61]

Auch im landesgerichtlichen Bereich gehen Kaufklagen zwischen 2001 und 2017 am stärksten zurück (-82 %), gefolgt von Klagen der Kategorien „Darlehen/Kredit/Bürgschaft" (-70 %) und „Werklohn/Honorar" (-55 %). Die Abnahme dieser Streitgegenstände ist um einiges deutlicher als der allgemeine Schwund in der Gattung der erstinstanzlichen Gerichtshofverfahren in allgemeinen Zivilsachen (-49 %).[62] Antizyklisch verhält sich die Entwicklung der Schadenersatz- und Gewährleistungsklagen: ab 2009 steigen sie kräftig an und erreichen 2011 nahezu das Dreifache des Wertes von 2001, im Jahr 2017 immerhin noch das Doppelte. Es ist zu vermuten, dass in diesem gegenläufigen Trend bis zu einem gewissen Grad eine zivilgerichtliche Aufarbeitung der Finanz- und Bankenkrise zum Ausdruck kommt.

Abbildung 14 zeigt schließlich die Entwicklung der angefallenen erstinstanzlichen Streitsachen vor den Bezirks- und Landesgerichten (Register „C" und „Cg") nach Streitwerten. Am wenigsten stark schrumpfen während des Beobachtungszeitraums Prozesse mit Streitwerten am unteren (bis 500 Euro: -42 %) oder oberen (mehr als 15.000 Euro: -40 %) Ende des Spektrums.

[61] Datengrundlage: *Bundesrechenzentrum*, eigene Berechnungen.

[62] Und auch stärker als der Rückgang in der Kategorie „Sonstiges". Die fünf häufigsten darin vorkommenden Fallcodes waren 2017 in absteigender Reihenfolge: „Sonstiger Anspruch – allgemeine Streitsache", Sonstiger Streitgegenstand – allgemeine Streitsache", „Gewerblicher Rechtsschutz/Urheberrecht", „Schaden aus Verkehrsunfall" und „insolvenzrechtliche Klage – allgemeine Streitsache".

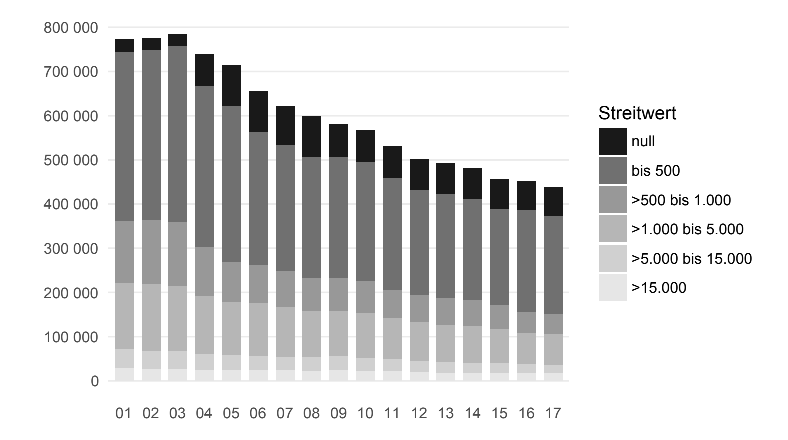


Abbildung 14: Anfall an streitigen Zivilverfahren vor den Bezirksgerichten und Gerichtshöfen erster Instanz in allgemeinen Streitsachen (Register „C" und „Cg") nach Streitwerten, absolute Zahlen, 2001-2017[63]

Oberhalb der Bagatellschwelle von € 500 – etwas vereinfacht – folgender Zusammenhang: *Je geringer der Streitwert, desto stärker der Rückgang an Klagen*. Im Bereich zwischen € 500 und € 1.000 schrumpfen die Verfahren zwischen 2001 und 2017 um mehr als zwei Drittel. Offenbar sind es gerade solche nicht ganz geringen, aber immer noch verschmerzbaren Schadensbeträge, von deren Einklagen aufgrund des damit verbundenen Aufwandes zunehmend Abstand genommen wird.[64]

G. Ausblick

Der vorliegende Beitrag beabsichtigte, den drastischen Rückgang an Zivilprozessen in Österreich und Deutschland aus rechtssoziologischer Sicht zu beleuchten und in seiner groben – in beiden Ländern erstaunlich parallel laufenden – Entwicklung zu vermessen. Dabei wurden monokausale makro- oder mikroökonomische Erklärungen, die entweder einseitig auf die gesamtwirtschaftliche Lage oder aber ausschließlich auf die Höhe von Gerichtsgebühren in einem Justizsystem abstellen, zurückgewiesen – ohne freilich diese Faktoren als bedeutungslos geringzuschätzen. Das Zustandekommen von Zivilver-

[63] Datengrundlage: *Bundesrechenzentrum*, eigene Berechnungen.
[64] Die Ursachen für die Zunahme an Verfahren mit dem Streitwert „null" zwischen 2003 und 2004 müssen hier offen bleiben; es könnte sich auch um ein Erfassungsartefakt handeln.

fahrensraten muss als ein Zusammenspiel von gesellschaftlichen Konfliktursachen und der vorhandenen Bereitschaft zur Mobilisierung der Gerichte verstanden werden, auf das vielfältige Kräfte einwirken – nach hier vertretener Ansicht nicht zuletzt Prozesse der Transnationalisierung, Digitalisierung und sozialen Beschleunigung. Dieser Wandel findet schließlich seit nunmehr über einem Jahrzehnt vor dem Hintergrund krisenhafter wirtschaftlicher Bedingungen statt, die sich auf die finanziellen Spielräume breiterer Bevölkerungsschichten eher hemmend auswirken. Im Lichte dieser Entwicklungen ist es wohl kein Zufall, dass in Österreich gerade Klagen aus Kauf- und Kreditverträgen und solche im unteren mittleren Streitwertbereich am stärksten zurückgehen.[65] Das Sinken der Klageeingangszahlen sollte unterdessen unbedingt eingehender erforscht werden. Vieles, was hier nur thesenhaft behauptet, vermutet oder mit kursorischer Evidenz belegt werden konnte, müsste empirisch breit und rechtssoziologisch-theoretisch anspruchsvoll näher untersucht werden.

[65] *Rottleuthner* (2016) 108f zufolge bestätige sich für Deutschland die Vermutung, „dass durch die Zunahme des Internethandels Streitigkeiten aus Kaufverträgen zurückgingen", nicht, da Prozesse um Kaufverträge nur leicht abnehmen würden. Dieser – auf Basis der Häufigkeitsverteilung von Sachgebieten im *ordentlichen* amtsgerichtlichen Verfahren getroffene – Schluss ist allerdings voreilig: Für die große Masse der *Mahnverfahren*, die im Jahr 2017 etwa 85 % des Anfalls an Zivilsachen bei den Amtsgerichten ausmachen, enthält die deutsche Rechtspflegestatistik nämlich gar keine „Sachgebietsschlüssel". Da die ordentlichen Verfahren für die amtsgerichtlichen Verfahren insgesamt vermutlich nicht repräsentativ sind und sich gerade Zahlungsforderungen aus Kaufverträgen besonders gut zur Geltendmachung im Mahnverfahren eignen, ist die These, wonach die Rahmenbedingungen des Online-Handels zu weniger Klagen führen, mitnichten widerlegt.

Anhang: Quellen der Zeitreihen in Abbildung 8

Erstinstanzlicher Anfall an streitigen Zivilverfahren:

1898 bis 1909: *Österreichische Statistik der im Reichsrat[h]e vertretenen Königreiche und Länder*, Ergebnisse der [C]Zivilrechtspflege.

1910 bis 1912: Tafelwerk zur österreichischen Justiz-Statistik.

1919 bis 1936 und 1946 bis 1953: *Bundesministerium für Justiz*, Zahlenmäßige Darstellung der Rechtspflege – Justizstatistik.

1954 bis 1997: *Statistisches Zentralamt*, Statistik der Rechtspflege.

1998 bis 2015: *Statistik Austri*a, Statistische Jahrbücher (Kapitel Rechtspflege) bzw *Betriebliches Informationssystem der Justiz* (*BIS Justiz*).

Bruttoinlandsprodukt:

Maddison 2001: www.ggdc.net/maddison/maddison-project/data.htm (28.2.2019); *Schulze* 2001; *Wirtschaftskammer Österreich*, *Statistik Austria.*

Literatur

Aichinger/Kommenda 2015: Gerichtsgebühren zu hoch: „Es fehlen uns Prozesse“, Die Presse vom 8.2.2015; online https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4658131/Gerichtsgebuehren-zu-hoch_Es-fehlen-uns-Prozesse (28.2.2019).

Beck 1986: Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne (1986).

Bettelheim 1933: Die VIII. Gerichtsentlastungsnovelle (Verfahrensrechtlicher Teil), JBl 1933, 357-359.

Beer et al 2016: Die wechselvolle Geschichte der Inflation in Österreich, Monetary Policy & The Economy Q3-Q4/16, 7-35.

Bielen/Marneffe 2018: Testing the lawyer-induced litigation hypothesis in Europe, Applied Economics 2018/50, 1837-1851.

Black 1973: The Mobilization of Law, The Journal of Legal Studies 1973/2, 125-149.

Blankenburg 1980: Mobilisierung des Rechts – Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz, ZfRS 1980/1, 33-64.

Blankenburg 1994: The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behaviour in The Netherlands and West Germany, Law & Society Review 1994/28, 789-808.

Blankenburg 1995: Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die Rechtssoziologie (1995).

Blankenburg 1997: Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Cultures, in: Nelken (Hg) Comparing Legal Cultures (1997) 41-68.

Blankenburg/Niemeijer 2014: Push and Pull of Judicial Demand and Supply, in: Schmiegelow/Schmiegelow (Hg) Institutional Competition between Common Law and Civil Law (2014) 299-322.

Bröckling 2002: Vermittlung als Befriedung – Über Mediation, Kriminologisches Journal 2002/34, 2-20.

Bröckling 2007: Das unternehmerische Selbst – Soziologie einer Subjektivierungsform (2007).

Clark 1990: Civil Litigation Trends in Europe and Latin America since 1945: The Advantage of Intracountry Comparisons, Law & Society Review 1990/24, 549-570.

Clemenz/Gugler 1998: Gesamtwirtschaftliche Entwicklung und Prozeßverhalten, in: Bundesministerium für Justiz/Lewisch/Rechberger (Hg) 100 Jahre ZPO – Ökonomische Analyse des Zivilprozesses (1998) 24-37.

Clemenz/Gugler 2000: Macroeconomic Development and Civil Litigation, European Journal of Law and Economics 2000/9, 215-230.

Cournède et al 2015: Finance and Inclusive Growth, OECD Economic Policy Paper No 14.

Eisenberg et al 2013: Litigation as a Measure of Well-Being, DePaul Law Review 2013/62, 247-292.

Ewick/Silbey 1998: The Common Place of Law – Stories from Everyday Life (1998).

Fellner 2018: Gerichten gehen die Kläger aus, Tiroler Tageszeitung vom 3.8.2018.

Felstiner et al 1981: The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming…, Law & Society Review 1981/15, 631-654.

Fischer-Lescano/Teubner 2006: Regime-Kollisionen – Zur Fragmentierung des globalen Rechts (2006).

Friedman 1976: Trial courts and their work in the modern world, in: Friedman/Rehbinder (Hg) Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie IV, 25-38.

Fuchs 2012: ABGB in action: Zivilprozesshäufigkeiten im regionalen Vergleich, in: Barta/Ganner/Voithofer (Hg) 200 Jahre ABGB 1811-2011 (2012) 29-46.

Fuchs 2015: Was sind die Ursachen für das Phänomen steigender (oder fallender) Zahlen rechtlicher Betreuung in Gegenwartsgesellschaften? Betreuungsrechtliche Praxis 2015/24, 213-217.

Fuchs 2017: Zwischen Epidemiologie und selektiver Rechtsmobilisierung – Zu den Bedingungsfaktoren der Nachfrage nach Erwachsenenvertretung, in: Brinek (Hg) Erwachsenenschutz statt Sachwalterschaft – Schritte zu einem selbstbestimmten Leben (2017) 64-117.

Galanter 1974: Why the „Haves“ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law & Society Review 1974/9, 95-160.

Galanter 2000: The Conniving Claimant: Changing Images of Misuse of Legal Remedies, DePaul Law Review 2000/50, 647-666.

Geroldinger 2016: Der mutwillige Rechtsstreit – Schadenersatzansprüche der Parteien aus materiell rechtswidriger Prozessführung (2016).

Ginsburg/Hoetker 2006: The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan’s Turn to Litigation, The Journal of Legal Studies 2006/35, 31-59.

Graf-Schlicker 2014: Der Zivilprozess vor dem Aus? Rückgang der Fallzahlen im Zivilprozess, Anwaltsblatt 7/2014, 573-577.

Greger 2016: Postkutsche auf der Autobahn – Ist der Zivilprozess noch zeitgemäß?, in: Höland/Meller-Hannich (Hg) Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz – Mögliche Ursachen und Folgen (2016) 138-153.

Habermas 1992: Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992).

Hanak 1988: Zur Soziologie des Mahnverfahrens, Kriminalsoziologische Bibliografie 15, 4-29.

Hanak et al 1989: Ärgernisse und Lebenskatastrophen – Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität (1989).

Hofmannsthal 1933: Die Honorarbeschränkung in Armensachen und die Praxis, JBl 1933, 443-444.

Höland/Meller-Hannich 2016: Rückgang der Klageeingangszahlen – wo liegt das Problem? in: Höland/Meller-Hannich (Hg) Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz – Mögliche Ursachen und Folgen (2016) 11-20.

Klein 1902: Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse – Vortrag, gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 9. November 1901, in Gehe-Stiftung (Hg) Jahrbuch der Gehe-Stiftung, Band VIII, 53-88.

Kritzer 2010: Claiming Behaviour as Legal Mobilization, in: Cane/Kritzer (Hg) The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2010) 260-284.

Luhmann 1969: Legitimation durch Verfahren (1969).

Luhmann 1991: Soziologie des Risikos (1991).

Luhmann 1993: Das Recht der Gesellschaft (1993).

Maddison 2001: The World Economy – A Millennial Perspective (2001).

Mayr 2008: Rechtstatsachen aus der Zivilgerichtsbarkeit, in Barta/Ganner/Lichtmannegger (Hg) Rechtstatsachenforschung – Heute (2008) 85-109.

Miller/Sarat 1980: Grievances, Claims and Disputes: Assessing the Adversary Culture, Law & Society Review 1980/15, 525-565.

Murayama 2007: Experiences of Problems and Disputing Behaviour in Japan, Meji Law Journal 2007/14, 1-59.

Musielak/Voit 2018: ZPO[15].

Nachtwey 2016: Abstiegsgesellschaft – Über das Aufbegehren in der regressiven Moderne (2016).

Natter 2016: Die Arbeitsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg im Wechsel der Konjunkturzyklen, in: Höland/Meller-Hannich (Hg) Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz – Mögliche Ursachen und Folgen (2016) 43-62.

Piketty 2014: Das Kapital im 21. Jahrhundert (2014).

Popitz 1968: Die Präventivwirkung des Nichtwissens – Über Dunkelziffer, Norm und Strafe (1968).

Ramseyer 2014: Litigation and Social Capital: Divorces and Traffic Accidents in Japan, Journal of Empirical Legal Studies 2014/11, 39-73.

Rosa 2005: Beschleunigung – Die Veränderung der Zeitstrukturen in der Moderne (2005).

Rosa 2016: Resonanz – Eine Soziologie der Weltbeziehung (2016).

Rottleuthner 1985: Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland – Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen, ZfRS 1985/6, 206-254.

Rottleuthner 2016: Prozessflut und Prozessebbe – Fragen und Forschungsbedarf, in: Höland/Meller-Hannich (Hg) Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageeingangszahlen in der Justiz – Mögliche Ursachen und Folgen (2016) 100-122.

Sarat/Grossman 1975: Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication, The American Political Science Review 1975/69, 1200-1217.

Schulze 2000: Patterns of growth and stagnation in the late nineteenth century Habsburg economy, European Review of Economic History 2000/4, 311-340.

Spier 2007: Litigation, in: Polinsky/Shavell (Hg) Handbook of Law and Economics (2007) 259-342.

Statistik Austria 2018: Volkswirtschaftliche Gesamtrechnungen 1995-2017 – Hauptergebnisse (2018).

Teubner 1989: Recht als autopoietisches System (1989).

Toharia 1976: Economic development and litigation: The case of Spain, in: Friedman/Rehbinder (Hg) Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie IV, 39-82.

Wollschläger 1988: Die Arbeit der europäischen Zivilgerichte im historischen und internationalen Vergleich – Zeitreihen der europäischen Zivilprozeßstatistik seit dem 19. Jahrhundert, in: Blankenburg (Hg) Prozeßflut? Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent (1988) 21-114.

Wollschläger 1998: Exploring Global Landscapes of Litigation Rates, in: Brand/Strempel (Hg) Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag (1998) 577-588.

Dr. Walter Fuchs, MA
Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
Museumstraße 5/12
A-1070 Wien
Telefon: 0043 1 5261516 32
walter.fuchs@irks.at

Christian Sillaber/Sven Uebelacker

Phishing in höchstgerichtlicher Judikatur

A. Einführung

"Dear Sir or Madam, we need someone to distribute large amounts of gold for us in Austria and you will earn 10% of any gold you distribute. All you have to do is send 1,500.00 EUR to my name via Western Union to get the legal documents enrolled."

- Zitat aus einer der erfolgreichsten Phishing-Kampagnen in der EU.

Diese Arbeit betrachtet unterschiedliche Ausprägungen des Phishings und stellt das Phänomen anhand gerichtlicher Entscheidungen verschiedener Jurisdiktionen dar.

Phishingnachrichten, wie die eingangs zitierte, erscheinen vielleicht für den erfahrenen Leser wie ein schlechter Scherz, sind aber nach wie vor geeignet, tausende Menschen pro Jahr zu täuschen und Schäden in Millionenhöhe zu verursachen.[1] Derartige E-Mails zielen meist auf unerfahrene und leichtgläubige Internetbenutzer ab.[2] Betrügerische Nachrichten mit unsinnigem Inhalt oder Rechtschreibfehlern helfen, sie als unprofessionelle Angebote zu erkennen und hoffentlich die Spreu vom Weizen zu trennen. Trotz dieser Warnsignale finden die Nachrichten immer wieder leichte Opfer, die auch gegen das eigene Interesse handeln würden. Leichtgläubigkeit anzugreifen ist eine von vielen Techniken, um Phishing-Opfer zur Herausgabe persönlicher Daten zu bringen und Geld zu entlocken. Professionellere Phishingangriffe, wie Spear Phishing, sind dagegen wesentlich schwerer zu identifizieren.

1. Phishing

Allen Phishing-Angriffen ist gemein, dass ein oder mehrere Angreifer ein oder mehrere Opfer zur Installation bösartiger Software oder zur Herausgabe persönlicher Daten, wie Logindaten oder Bankdaten, zu bringen. Das Grundziel (vergleiche Abbildung 15) ist es, das ahnungslose Opfer glauben zu lassen, es kommuniziert mit einer vertrauenswürdigen Instanz (zB Bank), während der Täter Daten abgreift oder manipuliert.

---

[1] *mashable.com* (2019).
[2] *Jagatic/Johnson/Jakobsson/Menczer* (2007).

Die folgende Aufstellung umreißt verschiedene (auch spezialisierte) Arten von Phishing:

- *Phishing:* Der traditionelle Phishing-Begriff wird verwendet, um allgemein das „Herauslocken“ von Zugangsdaten zu beschreiben. Durch Täuschung mithilfe technischer Manipulationen, wird ein Opfer zur Mitteilung vertraulicher Daten (meist PIN oder TAN) an einen Nichtberechtigten verleitet.[3]

- *Clone Phishing*: Bei diesem Szenario fälschen die Täter – ausgehend von vergangenen, legitimen E-Mails – neue E-Mails, die sie an das Opfer schicken. Die E-Mails werden präpariert, um das Opfer durch manipulierte Hyperlinks auf andere Webseiten zu lenken oder um Schadsoftware zu verteilen.

- *Spear Phishing*: Spear Phishing bezeichnet einen gezielten Angriff auf Individuen oder Organisationen, der einer Recherche vorgeht, um möglichst authentische E-Mails zu erzeugen.[4] Bspw wird auf echte Personen oder Abläufe im Unternehmen Bezug genommen, echte (oder echt aussehende) Telefonnummern verwendet. Es gibt Fälle, wo sogar korrekte (meist alte) Passwörter des Opfers aus vergangenen Hackerangriffen (Leaks) verwendet werden. Durch den dadurch erzeugten Vertrauensanschein soll der Erfolg einer Täuschung gesteigert werden. Typischer Inhalt sind falsche Rechnungen oder Abmahnungen, die mit der Kontonummer der Täter oder deren Finanzagenten („money mule“) versehen wurde.

- *Whaling*: Whaling ist eine spezielle Form des Spear Phishings, das durch eine besonders ressourcenintensive Vorbereitung und der Auswahl von High-Profit-Zielen gekennzeichnet ist. Dem hohen Aufwand und der Ausrichtung auf zB Vorstände eines Unternehmens steht eine entsprechend hohe Gewinnaussicht entgegen.

[3] Vgl *Maihold* (2011) § 55 KWG Rn 30 mwN.
[4] *Bundesamt für Verfassungsschutz* (2017).

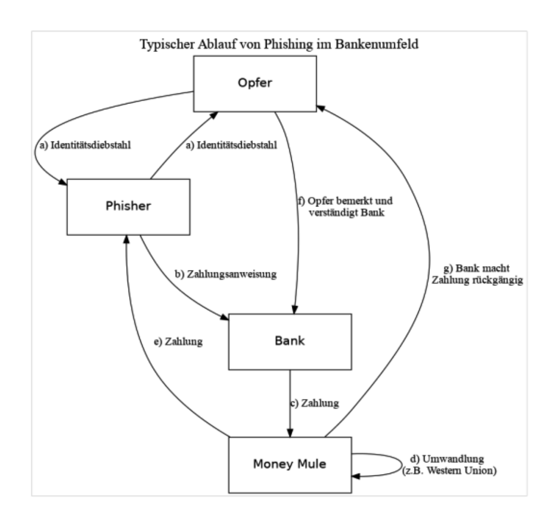


Abbildung 15: Typischer Ablauf eines auf Banken abzielenden Phishingangriffs

Die Anzahl verschickter Spam-E-Mails steigt jährlich um – je nach Messung – zwischen 100 % und 500 %. Ein nicht unerheblicher Teil dieser Nachrichten dient Phishingzwecken[5]. Eine nähere Auswertung der Ziele dieser automatisierten Angriffe zeigt, dass ein Großteil der Angriffe auf Services gerichtet ist, die von einer Vielzahl von Menschen verwendet wird, wie bspw *Apple* (25 %), *Microsoft* (17 %), *Google Drive* (12,9 %)[6]. Ein Blick auf die resultierenden, erfolgreichen Angriffe zeigen, dass *Dropbox* (13,6 %), *Adobe* (12,8 %) und *Google Drive* (5,1 %) zu den erfolgreichsten zählen[7].

B. Methodik

Im Zuge dieser Untersuchung wurden Entscheidungen aus drei Ländern ausgewertet (Österreich, Deutschland, Vereinigtes Königreich). Für das Forschungsvorhaben wurden die relevanten Entscheidungen aus den Jahren 2007-2017 mittels Aktenanalyse und Auswertung von Sekundärliteratur analysiert. Dabei ergab sich eine Grundgesamtheit von n=94. Als Forschungsmethode zur Analyse der Akten wurde eine quantitative Aktenanalyse nach

[5] *Thomas* (2018); *San Martino/Perramon* (2010).
[6] *proofpoint.com* (2017).
[7] *proofpoint.com* (2017).

Dölling[8] herangezogen. Zur Ermittlung des Modus Operandi wurde der Tathergang qualitativ mit einer an *Mayring*[9] orientierten Inhaltsanalyse ausgewertet. Dazu wurden Kategorien ermittelt, die einen Vergleich zulassen. Der Zeitraum, in dem die Aktenanalyse durchgeführt wurde, war von November 2017 bis März 2018.[10]

Die unterschiedlichen Digitalisierungsgrade der Rechtsprechungen in diesen Ländern sowie philosophische Unterschiede in der Frage, wie einfach Rechtszugang für Rechtsunterworfene ausgestaltet sein sollte, wirkten sich entsprechend aus. Während Österreich ein stark zentralisiertes (wenn auch nicht vollständiges) Verzeichnis aller Entscheidungen hat, ist Deutschland von einer dezentralen, nicht-automationsunterstützten Verwaltung von Gerichten gekennzeichnet. Dementsprechend ist bei der Untersuchung von einer Limitation durch mangelnde Generalisierbarkeit und Vollständigkeit auszugehen.

Folgende Datenquellen wurden herangezogen:

Land	Quelle	Entscheidungen (Schritt 1)	Entscheidungen (Schritt 2)
Deutschland	juris[11]	74	57
Österreich	RIS[12]	11	3
UK	Cambridge Computer Crimes Data-Base[13]	94	34

Im ersten Schritt wurde in den jeweiligen Datenbanken nach dem Schlagwort „Phishing“ (sowie alternativer Schreibweisen wie „Phisching“, „Pishing“ oder „Fisching) recherchiert.

Im finalen Datensatz befanden sich drei österreichische, 57 deutsche und 34 UK Entscheidungen der vergangenen zehn Jahre, deren Auswertung im nächsten Kapitel im Detail beschrieben wird. Mit den drei österreichischen Entscheidungen ist der Stichprobenumfang zu niedrig, um quantitative Schlüsse zu ziehen. Inhaltlich sind die Datensätze aufgrund unterschiedlicher gerichtlicher Praktiken schwer zu vergleichen und weisen große Unterschiede im Detailgrad und Darstellung auf. Auch die deutsche Stichprobe kann nicht als vollständig für den Zeitraum betrachtet werden, da nicht alle höchstricherlichen Entscheidungen öffentlich zugängig gemacht wurden.

[8] *Dölling* (1984) 265-286.
[9] *Mayring* (2000) 1-10; *Mayring* (2010) 601-613.
[10] Vorausgegangen war eine Pilotrecherche und Analyse für die deutsche Judikatur im Jahr 2015 von *Ngoc-Minh Michal Pham*, TU Hamburg, um die Methodik zu verfeinern.
[11] *juris - Das Rechtsportal*, www.juris.de/.
[12] www.ris.bka.gv.at/Jus/.
[13] *Hutchings* (2016).

Die finalen Entscheidungen wurden klassifiziert sowie wesentliche Datenpunkte in eine Tabelle übertragen.

C. Ergebnisse

Zunächst lässt sich zu den 94, im finalen Datensatz enthaltenen Entscheidungen festhalten, dass beim Großteil der Entscheidungen „nur“ das Opfer, dessen Bank sowie an der nachgelagerten Geldwäsche (sog Money Mules) Beteiligte Erwähnung finden. Der unmittelbare Vergleich zwischen den Ländern zeigt, dass es sich bei den kontinentaleuropäischen Entscheidungen um kleine Streitsummen handelt, verglichen mit jenen aus dem UK. Dort werden hauptsächlich große kriminelle Organisationen behandelt, die über viele Jahre hinweg operiert haben, was zu entsprechend hohen Summen führt. Dementsprechend erlauben es die Entscheidungen aus Österreich und Deutschland spannende Einsichten in die kriminelle Vielfalt und nachgelagerte Straftaten zu gewinnen, während die Entscheidungen aus UK Aufschluss über Umfang und kriminelle Organisationen geben.

Sämtliche identifizierte Taten beinhalten das Öffnen einer präparierten E-Mail durch das Opfer und die Herausgabe des geheimen Passworts eines Online-Dienstes.

Die Verfahrensbeteiligung lässt sich zu 26 % auf einen unmittelbaren Täter, zu 36 % auf nachgelagerte Geldwäscher, zu 27 % Banken des Opfers aufteilen. Der Rest entfällt auf andere Beteiligte. Auf Klägerseite ist erwartungsgemäß zu 44 % ein Geschädigter und zu 40 % der Staat (Strafverfahren) zu finden. Der Rest entfällt auf Banken und andere Beteiligte.

In jenen Fällen, bei denen der unmittelbare Täter Verfahrensbeteiligter ist, ist seine/ihre Entdeckung auf einen Fehler des Täters bei der IT-Sicherheit zurückzuführen. Dementsprechend lässt sich auch erklären, warum die meisten Tatbeteiligten nachgelagerte Geldwäscher (Finanzagenten, „money mule“) sind, da diese meist ihre realen Kontoverbindungsdaten verwenden und (wohl im Hinblick auf fehlendes Unrechtsbewusstsein) keine Maßnahmen zur Verschleierung setzen. Das entsprechende Gegenstück stellen die beteiligten Banken dar: Die unmittelbaren Geschädigten treten an die Bank heran und veranlassen die Rückbuchung der Überweisung. Die Bank führt diese entsprechend durch und hält sich am nachgelagerten Geldwäscher, dessen Bankdaten vorliegen, schadlos. Alternativ lässt sich aus einigen Entscheidungen entnehmen, dass der Geldwäscher eine Rückbuchung – und zB dadurch entstehende Überschuldung – zivilrechtlich unterbinden möchte.

Nahezu allen Entscheidungen ist gemein, dass das Geld nach Osteuropa (91 %) verschickt wurde. Zudem hatten 46 % aller Straftaten einen Money Mule miteinbezogen. Zur Entlohnung der Money Mules lässt sich keine abschließende Aussage treffen, nur eine Gewinnbeteiligung von ca 10-25 % abschätzen.

1. Qualitative und quantitative Auswertung der österreichischen und deutschen Entscheidungen

In den drei österreichischen und 57 deutschen Entscheidungen lässt sich feststellen, dass der durchschnittliche Schaden pro Fall bei € 14.500 liegt und jeder wegen nachgelagerter Geldwäsche verurteilte Täter 1,5 Opfer hatte. Die Opfer sind zu 46,7 % männlich, 31,1 % weiblich. Die verbleibenden 22,8 % entfallen auf Opfergemeinschaften oder Straftaten mit (tw) unbekannten Opfern. Die Täterseite ist zu 52,8 % männlich, 36,1 % weiblich. Die verbleibenden 11,1 % entfallen auf Tätergemeinschaften oder unbekannte Täter. Die Täter sind in zivilrechtlichen Streitsachen, bei denen meist die Bank eines Opfers vom Money Mule überwiesenes Geld zurückfordert, unbekannt. Die Money Mules stellten in allen Fällen gegen Entlohnung ihr Bankkonto zur Verfügung und leiteten eingehende Überweisungen (vom Opfer) entweder weiter oder beheben das Geld und schicken den Betrag – abzüglich ihrer Provision – via *Western Union* oder ähnliche Dienstleister weiter. Aussagen über das Alter der Täter oder die Dauer der einzelnen Taten lassen sich nicht machen.

Dem deutschen Datensatz konnten 17 Entscheidungen entnommen werden, die zumindest einmal in nachfolgenden Entscheidungen zitiert werden.

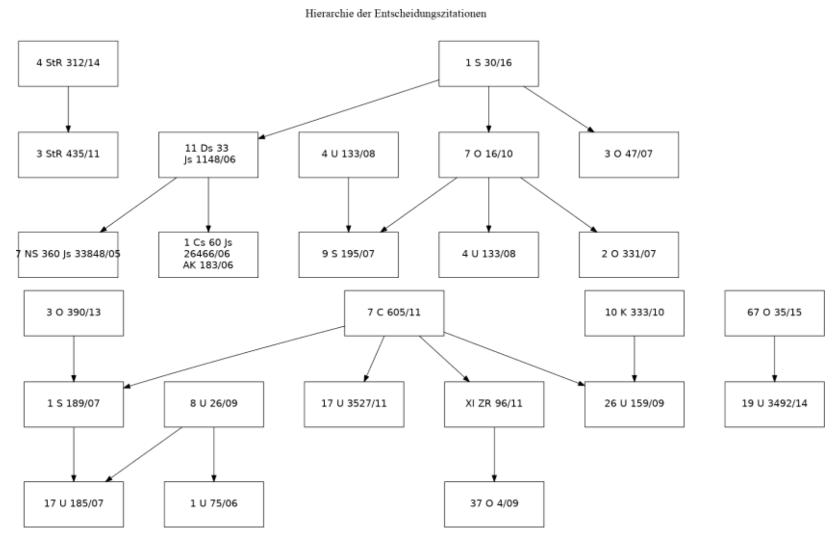


Abbildung 16: Zitationshierarchie (Pfeile geben an und bedeuten: „wird zitiert von" oder „zitiert")

Eine ähnliche Zitationshierarchie lässt sich den österreichischen Entscheidungen entnehmen. Aufgrund des kleinen Datensatzes wird von einer Abbildung abgesehen.

2. Qualitative und quantitative Auswertung der UK-Entscheidungen

Die Entscheidungen aus UK beinhalten – im Gegensatz zu jenen aus Kontinentaleuropa – etliche Entscheidungen, bei denen Phishing eine Vorbereitungstat zB zu einem großangelegten Betrug war. Entsprechend der beschriebenen Methodik wurde der Datensatz auf 34 resultierende Entscheidungen reduziert. Das Durchschnittsalter der beschriebenen Täter liegt bei 28,5 Jahre, die ca 1,6 Jahre in jede Tat investiert haben. Im Gegensatz zu den anderen Jurisdiktionen liegen hier Straferkenntnisse in größerem Umfang vor, die Auskunft zur Verurteilung geben. Im Schnitt wurden beteiligte Täter zu 4,3 Jahren Haft (ohne nähere Angabe zum Vorliegen von Bewährungsvoraussetzungen) verurteilt. Der durchschnittliche wirtschaftliche „Erfolg" pro Tätergruppe liegt bei knapp £ 7.500.000. Die beschriebenen Täter sind zu 79,1 % männlich und 20,9 % weiblich.

3. Zusammenfassung der Taten

In allen drei Jurisdiktionen lässt sich der zugrundeliegende Tatbestand auf eine von drei Hauptgruppen zusammenführen:

Betrug und Datenbeschädigung: Datenbeschädigung, Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten, betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch und schwerer Betrug. Diese liegen meist bei Einzeltätern oder kleineren Tätergruppen vor. In zivilrechtlichen Entscheidungen wird meist auf den Missbrauch von Computerprogrammen und Zugangsdaten eingegangen.

Betrug in Bezug auf den Zahlungsverkehr: Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch, schwerer Betrug, gewerbsmäßiger Betrug, Entfremdung unbarer Zahlungsmittel. Der Großteil der dieser Gruppe zugeordneten Taten umfasst jene Entscheidungen, bei denen der unmittelbare Phisher Verfahrensbeteiligter ist.

Organisierter Betrug: Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch. Insb in den großen Betrugsfällen aus UK lassen sich etliche Anklagen wegen organisierten Betrugs finden. Diese umfassen im Schnitt 5,3 Beschuldigte. In den Datensätzen der anderen beiden Jurisdiktionen treten Verfahren in diesem Umfang gar nicht bis sehr selten auf.

Es lässt sich beobachten, dass der österreichische § 148a StGB, Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch, (bzw dessen Äquivalente in Deutschland § 263a dStGB und UK Computer Misuse Act 1990 und seine Änderungen) am häufigsten herangezogen wird. Die eingangs dargestellten Hauptgruppen zeigen ein einheitliches Bild. In allen Gruppen wurde via § 148a (oder äquivalent) angeklagt und zum Gegenstand gemacht. Dies untermauert auch die Auswertung des kodierten Datensatzes, bei der in 84 % der Fälle § 148a (oder äquivalent) erwähnt wurde.

D. Zusammenfassung

Im Zuge einer jurisdiktionsübergreifenden Studie wurden Entscheidungen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Gerichte in Deutschland, Österreich und dem Vereinigtem Königreich gesammelt, ausgewertet und gegenübergestellt. Die identifizierten Entscheidungen zeigen den Umfang, die Vorgangsweise und das von diesen Tätergruppen ausgehende Schadenspotential, das trotz seit Jahren laufender Aufklärungskampagnen stetig zunimmt.

Es konnte festgestellt werden, dass hauptsächlich große Banden sowie Money Mules, die Beitrag zur Geldwäsche kleinerer Beträge leisten, verurteilt werden. Diese Money Mules werden meist als zwischengeschaltete Geldwäscher recht

einfach identifiziert und verurteilt, während die tatsächlichen Täter unbekannt bleiben.

Literatur

Bundesamt für Verfassungsschutz, Verfassungsschutzbericht 2016. BMI17006. 2017, www.verfassungsschutz.de/download/vsbericht-2016.pdf (11.01.2019).

Dölling 1984: Probleme der Aktenanalyse in der Kriminologie, in: Kury (Hg) Methodologische Probleme in der kriminologischen Forschungspraxis. Interdisziplinäre Beiträge zur kriminologischen Forschung V (1984) 265-286.

Hutchings 2016: Cambridge Computer Crime Database, www.cl.cam.ac.uk/~ah793/cccd.html (11.01.2019).

Jagatic/Johnson/Jakobsson/Menczer 2007: Social phishing, Communications of the ACM, 50(10), 94-100.

Maihold 2011 in Schimasky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch[4] § 55 KWG.

mashable.com 2019: Police arrest Louisiana man involved with 'Nigerian prince' email. https://mashable.com/2017/12/30/nigerian-prince-scam-arrest (21.01.2019).

Mayring 2000: Qualitative Content Analysis, Forum Qualitative Social Research 2000, 1-10.

Mayring 2010: Qualitative Inhaltsanalyse, in: Mey/Mruck (Hg) Handbuch Qualitative Forschung in der Psychologie 2010, 601-613.

proofpoint.com 2017: Proofpoint 2017 Human Factor Report, 2017.

San Martino/Perramon 2010: Phishing Secrets: History, Effects, Countermeasures, IJ Network Security 11(3), 163-171.

Thomas 2018: Exploring Methods to Empower Users to Identify and Address Spear Phishing Attacks to Combat Ransomware and Identity Theft, 10.13140/RG.2.2.29127.39841.

PhD Christian Sillaber
Zicklin Center
Institut für Informatik, Universität Innsbruck
Technikerstrasse 21a
A-6020 Innsbruck
christian.sillaber@acm.org

Dipl.-Math. oec. Sven Uebelacker
Technische Universität Hamburg
Sicherheit in verteilten Anwendungen (E-15)
D-21071 Hamburg
research@uebelacker.net

Katharina Dobler/Simon Jetzinger

Empirische Untersuchungen zum gesetzlichen Erbrecht

A. Allgemeines

Im Juli 2015 wurde mit dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015[1] eine grundlegende Reform des österreichischen Erbrechts im Parlament beschlossen, die am 1.1.2017 in Kraft trat. Im Zuge eines FWF-Projekts[2] befassen wir uns in rechtsvergleichender und rechtshistorischer Perspektive mit Teilaspekten der Novelle, insb in den Bereichen des gesetzlichen Erbrechts und des Vermächtnisrechts. Dabei beschäftigen wir uns auch mit rechtssoziologischen und rechtstatsächlichen Aspekten.

Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Reform eine umfassende Modernisierung der österreichischen Erbrechtsordnung. Sie sollte an die Bedürfnisse des 21. Jahrhunderts angepasst werden und dabei den Willen der Bevölkerung abbilden.[3] Die Reform zeichnet sich durch zahlreiche sprachliche Änderungen, der Berücksichtigung der Rspr der letzten Jahrzehnte sowie beträchtlichen inhaltlichen Neuerungen aus. Auffallend war die schnelle Beschlussfassung: Im März 2015 wurde der Ministerialentwurf[4] des Justizministeriums in Begutachtung geschickt, mit einer Frist zur Stellungnahme bis 4. Mai.[5] Nach einer ebenfalls sehr raschen Umarbeitung des Entwurfs durch die Legist_innen des Ministeriums erfolgte am 16. Juni der Beschluss im Ministerrat.[6] Nach Annahme der Regierungsvorlage[7] am 24.6.2015 durch den Justizausschuss[8], wurde das ErbRÄG 2015 letztlich am 7.7.2015 im Nationalrat beschlossen.[9] An-

---

[1] Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015), BGBl 87/2015.
[2] Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen des vom *FWF* geförderten Forschungsprojektes (P 30284-G16) über die österreichische Erbrechtsreform 2015 entstanden. Wir bedanken uns bei Projektleiter *Dr. Gregor Christandl*, Leiter des Instituts für Italienisches Recht und *Dr.in Kristin Nemeth* vom Institut für Zivilrecht für die Hilfestellungen und Unterstützung bei der Vorbereitung des Vortrages und dieses Aufsatzes.
[3] ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1.
[4] ME Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, 100/ME 25. GP.
[5] S dazu das Begleitschreiben des Justizministeriums zum Ministerialentwurf www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/fname_391750.pdf (19.12.2018).
[6] *Rabl* (2015) 1.
[7] ErläutRV 688 BlgNR 25. GP.
[8] JAB 718 BlgNR 25. GP.
[9] *Christandl/Nemeth* (2016) 1.

gesichts des Umfangs der Reform stießen insb die übereilte Beschlussfassung und die gering bemessene Frist zur Stellungnahme auf Kritik.[10]

Im Zuge der Reform hat es der Gesetzgeber unterlassen, empirische Untersuchungen über die Einstellung und Ansichten der Bevölkerung bezüglich des Erbrechts einzuholen. Angesichts der gesellschaftlichen Bedeutung des Erbrechts wäre jedoch nicht nur aus rechtstatsächlicher und rechtssoziologischer Sicht ein derartiger Befund wünschenswert gewesen, gerade weil der Gesetzgeber durch das ErbRÄG 2015 das Erbrecht an das 21. Jahrhundert anpassen und darin den Willen der Bevölkerung abbilden wollte.[11] Zudem ist das gesetzliche Erbrecht in Österreich von erheblicher Bedeutung, führt man sich die geringe Testierquote von rund 24 % vor Augen.[12] Auch in anderen Ländern stellt die testamentarische Erbfolge die Ausnahme dar, weshalb vielfach die gesetzliche Erbfolge heranzuziehen ist.[13] Die Tatsache der geringen Testierquote unterstreicht die soziale Bedeutung des gesetzlichen Erbrechts, zumal der/die Verstorbene nach seinem/ihrem Tod nicht mehr befragt werden kann. Aufgrund all dieser Umstände wäre die Durchführung einer soziologischen Studie zur Erhebung dieser genannten Bedürfnisse besonders naheliegend gewesen.

Im Zuge der rechtsvergleichenden Recherchearbeiten stießen wir auf einige empirische Untersuchungen in Europa, welche die Einstellung der Bevölkerung betreffend das Erbrecht zum Thema hatten.

B. Empirische Untersuchungen zum österreichischen Erbrecht

1. Dissertation *Fedynskyj*

Im Rahmen einer 1943 an der Universität Innsbruck eingereichten Dissertation bei *Franz Gschnitzer* führte *Jurij Fedynskyj* eine rechtstatsächliche Untersuchung von insgesamt 6.207 Verlassenschaftsakten des Bezirksgerichts Innsbrucks aus den Jahren 1937-1941 durch. Er beabsichtigte, eine Bestandsaufnahme des zu dieser Zeit geltenden Erbrechts in der gelebten Praxis zu erstellen.[14]

Im Zuge der Untersuchung kam heraus, dass von den insgesamt 6.207 Verlassenschaften nur 1.372 (22 %) mit einer Einantwortung beendet worden wa-

[10] *Rabl* (2015) 2ff; *Kommenda* 2015/26/02.
[11] ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 1.
[12] S dazu die Untersuchung der *EU-Kommission* (2009) 53ff.
[13] *Reid/De Waal/Zimmermann* (2015) 444; *EU-Kommission* (2009) 53ff.
[14] *Fedynskyj* (1968) 9ff, die Ergebnisse der Studie sind in einer tabellarischen Übersicht am Ende der Arbeit enthalten.

ren, in den restlichen 4.682 Fällen hatte hingegen wegen unbedeutendem bzw fehlendem Vermögen keine Verlassenschaftsabhandlung stattgefunden.[15]

Von insgesamt 6.207 Verstorbenen hatten nur 819 Personen eine letztwillige Verfügung hinterlassen. Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände kam *Fedynskyj* zum Ergebnis, dass nur etwa jeder/jede fünfte Verstorbene testiert hatte.[16] Dabei war die Vermögenslage von hoher Bedeutung, da bei besseren materiellen Verhältnissen des Verstorbenen/der Verstorbenen die Anzahl der letztwilligen Verfügungen entsprechend höher war.[17] Zudem spielte das Alter der Testierenden eine wesentliche Rolle, da die meisten Testamente mit zunehmendem Alter errichtet worden waren.[18] Außerdem wurde der Inhalt einer letztwilligen Verfügung genauer untersucht, bspw welche Personen als Erb_innen eingesetzt worden waren[19], die Anordnung von Ersatz- und Nacherbschaften[20], Vermächtnissen[21] oder etwaige Bedingungen oder Auflagen.[22]

Bei der gesetzlichen Erbfolge untersuchte *Fedynskyj* ua, welche Personen hinterblieben und folglich als gesetzliche Erben berufen worden waren. Dabei hatten die Kinder nicht nur zahlenmäßig überwogen (9.043 in 3.221 Fällen), ihnen war auch wertmäßig der größte Anteil an den Verlassenschaften zugefallen. Obwohl auch eine relativ hohe Zahl an Eltern als gesetzliche Erben berufen worden waren (1.869 in 1.165 Fällen), hatten die ihnen angefallenen Erbschaften einen verhältnismäßig geringen Wert.[23]

Barta[24] regt in seinem Lehrbuch die neuerliche Durchführung einer derartigen Untersuchung an. Insb könnte sich die Testierquote etwa deswegen erhöht haben, weil es aufgrund des zunehmenden Wohlstandes der letzten Jahrzehnte im Gegensatz zu früher mehr zu vererben gebe.

2. Untersuchungen *Freisitzer*

1975 führte der Soziologe *Kurt Freisitzer* von der Universität Graz sozialempirische Untersuchungen über die Vorstellungen der Bevölkerung betreffend

[15] *Fedynskyj* (1968) 16f.
[16] *Fedynskyj* (1968) 29.
[17] *Fedynskyj* (1968) 29.
[18] *Fedynskyj* (1968) 30.
[19] *Fedynskyj* (1968) 48ff.
[20] *Fedynskyj* (1968) 51f.
[21] *Fedynskyj* (1968) 53.
[22] *Fedynskyj* (1968) 55ff.
[23] *Fedynskyj* (1968) 39ff.
[24] *Barta* (2004) Kap 17.I.2 (30.5.2018).

der Ausgestaltung des Erbrechts durch. Seine Forschungsergebnisse basieren auf mehrjährigen Gesprächen mit Rechtswissenschaftler_innen und den betroffenen Bevölkerungsgruppen. Als Grundlage ging er von den folgenden fünf zu überprüfenden Thesen aus:

(1) Es besteht eine Kluft zwischen dem geltenden Erbrecht und dem Rechtswissen der Bevölkerung.

(2) Die Gerechtigkeitsvorstellungen der Bevölkerung weichen vom geltenden österreichischen Erbrecht deutlich ab.

(3) Eine Reform des Erbrechts ist anzudenken, zumal zunehmend mehr Menschen davon betroffen sind, für die in den vergangenen Jahrzehnten das Erbrecht noch keine Rolle gespielt hat.

(4) Informationsinhalte, die zur bewussten Persönlichkeitsentfaltung und Lebensgestaltung beitragen können, darunter auch das Erbrecht, spielen im Schulunterricht eine untergeordnete Rolle. Nachdem Eigentumsbildung zu den vorrangigen Zielen der Gesellschaftsgestaltung gehört, wiegt dies besonders schwer.

(5) Die empirische Sozialforschung ist aufgrund ihres Denkstils und Methodenapparats dazu geeignet, wichtige Beiträge zur Gestaltung des Erbrechts zu leisten.[25]

Als Zielgruppe wurden vorwiegend potentielle Erblasser_innen ausgewählt. Diese hatten zwei Bedingungen zu erfüllen: einerseits die Verfügung über Vermögen, welches über die bloße Deckung des schichtspezifischen Unterhalts hinausging, andererseits das Vorliegen von Verwandtschaftsverhältnissen, die eine Abwägung des Spannungsverhältnisses „Partner_in-Nachkommen“ zuließ.[26] Methodisch wurden zunächst standardisierte Fragebögen angewendet. Wegen unzureichender Rechtskenntnisse der Respondent_innen kam es allerdings zu fehlenden differenzierten Angaben über die Auffassungen und Einstellungen zum Erbrecht. Aus diesem Grund wurde eine Verfahrensmodifikation hinsichtlich der Methodenwahl vorgenommen: Anstelle der Fragebögen wurden als Forschungsinstrumente Interviews und Gruppendiskussionen herangezogen, um die erforderlichen Informationen zur Überprüfung der Forschungsfragen bereitstellen zu können. Insgesamt wurden 207 Einzelinterviews und sieben Gruppendiskussionen durchgeführt. Dabei wurden den befragten Personen in Interviews Auskünfte über das gel-

[25] *Freisitzer* (1975) 101.
[26] *Freisitzer* (1975) 104.

tende Recht gegeben, wenn ihre individuellen Vorstellungen nicht mit der tatsächlichen Rechtslage übereinstimmten.[27]

Im Ergebnis, sowohl in den Gruppendiskussionen als auch in den Einzelinterviews, überraschte va die starke Diskrepanz zwischen den Rechtsauffassungen der Respondent_innen und der geltenden Rechtslage. Besonders stark kamen dabei die Abweichungen im Bereich der Unterscheidung zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge sowie der Position des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin neben den Kindern zutage. Dabei wurde mehrheitlich die Auffassung vertreten, der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin solle primär in den Genuss der Erbschaft kommen. Die Nachkommen des Verstorbenen/der Verstorbenen sollten demgegenüber zwar nicht leer ausgehen, aber erst nach dessen/deren Tod zur Erbschaft gelangen.[28] Durch die europaweit feststellbare zunehmende Horizontalisierung des Erbrechts scheint dieses Empfinden durch den Gesetzgeber berücksichtigt worden zu sein.

In seinen Schlussfolgerungen gibt *Freisitzer*[29] abschließend Empfehlungen, an welchen Grundlagen sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Erbrechts zu orientieren habe:

(1) Bei der Ausgestaltung des Erbrechts sei eine bessere Kenntnis der Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse der relevanten Zielgruppen erforderlich. Da es sich hierbei um eine komplexe Problematik handelt, werde ein großer Forschungsaufwand in Form von repräsentativen Stichproben erforderlich sein.

(2) Jene Rechtsbereiche, die „mehr und mehr Menschen berühren“, sollten zum selbstverständlichen Bildungsgut der Staatsbürger gehören. Der stattfindende soziale Wandel finde aktuell in den derzeitigen Lehrplänen nicht den gebührenden Niederschlag, wobei auch die Komplexität der Rechtslage zu bedenken sei.

(3) Zu überprüfen sei, ob die derzeitige Komplexität tatsächlich unabdingbar ist. Das Erbrecht solle, vor dem Hintergrund des Wandels von der Mehrgenerationen- bzw Großfamilie zur Zweigenerationen- bzw Kleinfamilie einer Vereinfachung zugeführt werden.

(4) Eine Lösung für die aufgeworfenen Fragen könne gefunden werden. Es sei fraglich, ob die „für die Ausgestaltung des Erbrechts Verantwortlichen“ in

[27] *Freisitzer* (1975) 104f.
[28] *Freisitzer* (1975) 106.
[29] *Freisitzer* (1975) 107f.

Zukunft mehr Interesse an einem Abwägen der empirisch-statistischen, rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen zeigen.

Kritisiert[30] wurde an den Untersuchungen *Freisitzers*, dass in seinen präsentierten Ergebnissen die dazu gestellten Fragen nicht genannt wurden sowie die mangelnde Repräsentativität der Erhebung. Der Mangel lag dabei in der ausgewählten Zielgruppe, zumal lediglich Personen bzw Gruppen mit „relevanter Vermögenslage" berücksichtigt wurden. Dadurch wurden überwiegend höher gebildete und ältere Personen befragt, während ein beträchtlicher Teil der Bevölkerung überhaupt nicht berücksichtigt wurde.[31] Aus diesen Gründen sah man sogar die Wissenschaftlichkeit seiner Ausführungen als nicht mehr gegeben an.[32] Auch *Freisitzer* selbst erhob in Bezug auf Repräsentativität keinen Anspruch auf Vollständigkeit.[33]

3. Zur Reform des Anrechnungsrechts – Ergebnisse einer Umfrage im Notariat

1996 konzipierte *Rudolf Welser* einen Fragebogen über die Anrechnung im Pflichtteilsrecht, der an die österreichischen Notariate versandt wurde. Anlass dieser Erhebung war für *Welser* die Reformbedürftigkeit dieses Themenbereichs, allerdings war man sich in der Lehre über die Art und Weise der Reform uneinig.[34] 1996 wurde ein Symposium, in dem die Problematik erörtert und Lösungsvorschläge ausgearbeitet wurden, abgehalten. Dazu wurde eine vom *Ludwig-Boltzmann-Institut für Urkundenwesen* initiierte Arbeitsgruppe eingesetzt, in der häufig nach den Erfahrungen der Praxis gefragt wurde, was schließlich zur Ausarbeitung des Fragebogens führte. Methodisch zog man dabei eine Befragung und Beurteilung der Praktiker_innen des Erbrechts heran.[35] Inhalt des Fragebogens war das Pflichtteilsrecht im Allgemeinen (I), grundsätzliche Fragen zum Anrechnungsrecht (II), Vorempfang, Vorschuss und Schenkung (III), die Pflicht zur Herausgabe von Empfängen (IV), die Voraussetzungen und die Länge der Frist bei der Schenkungsanrechnung (V), die Haftung der Zuwendungsempfänger bei Rückzahlungen (VI), die Anrechnungsmethode (VII) sowie die Bewertung der Zuwendungen (VIII).[36] Die Fragen waren mit Ankreuzen zu beantworten, konnten allerdings durch An-

[30] *Bauer* (2003) 78ff.
[31] *Freisitzer* (1975) 105.
[32] *Bauer* (2003) 78, 85.
[33] *Freisitzer* (1975) 105.
[34] *Welser* (2001) 105; *Rabl* (1999) 291; *Zankl* (2001) 111 mwN.
[35] *Welser* (2001) 105.
[36] *Welser* (2001) 105.

merkungen der Respondent_innen ergänzt werden. Insgesamt gingen 191 beantwortete Fragebögen ein.[37]

Eine überzeugende Mehrheit sprach sich dabei für die Beibehaltung des Pflichtteilsrechts aus. Erwähnenswert sind einige Anmerkungen der Befragten, die für eine Erweiterung der Enterbungsgründe eintreten. Auch nach den Erfahrungen *Welsers*[38] finden häufig Umstände, die aus Sicht der Bevölkerung eine Enterbung rechtfertigen würden, nicht im Gesetz Deckung. Zudem wurde des Öfteren angemerkt, den Pflichtteil der Nachkommen zu verkleinern, weil deren Unterhalt ohnehin sichergestellt sei.[39]

Mehrheitlich zugestimmt wurde der Schaffung einer Stundungsmöglichkeiten bzw der Möglichkeit von Ratenzahlungen von Pflichtteilsansprüchen (136 Ja-, 53 Nein-Stimmen). Eine Pflichtteilsstundung sollte nach den Anmerkungen in den Fragebögen beispielsweise dann möglich sein, wenn zur Auszahlung der Pflichtteile Vermögensbestandteile aus der Verlassenschaft veräußert werden müssen. Eine weitere Zustimmung zur Stundung betraf den Fall von Erbschaften minderjähriger Erben oder Erben unter (damals noch geltender) Sachwalterschaft. Andere Befragte knüpften derartige Erleichterungen an entsprechende Sicherheiten wie Bankgarantien, Finanzierungszusagen oder Treuhandabwicklungen. Andererseits sollte nach Meinung mancher Respondent_innen der Pflichtteil sofort fällig sein, wenn er durch in der Verlassenschaft vorhandene liquide Mittel gedeckt werden könnte. Gegen eine Stundungsmöglichkeit wurde eingewendet, ein verbrieftes Recht dürfe nicht von der Finanzkraft des Erben abhängen. Zudem wurde in den Fragenbögen ausgeführt, am Ende sei noch jeder Erbe/jede Erbin zur Auszahlung der Pflichtteile in der Lage gewesen, etwa durch anonyme, in der Verlassenschaft nicht erwähnte Sparbücher.[40] Mit dem ErbRÄG 2015 in den §§ 766-768 ABGB wurde eine solche Stundungsmöglichkeit für die Auszahlung von Pflichtteilsansprüchen geschaffen.[41]

Bei der Frage, ob bei der Befristung von Schenkungsanrechnungen die Differenzierung zwischen pflichtteilsberechtigten und nicht-pflichtteilsberechtigten Personen beibehalten werden solle, sprachen sich 93 Befragte dafür und 93 dagegen aus. In den Anmerkungen wurde etwa die Beibehaltung der Differenzierung an eine Klarstellung zwischen der Befristung der Anrechnung und dem Pflichtteilsverzicht geknüpft. Es sei nämlich gängige Praxis, zur Umge-

---

[37] *Welser* (2001) 106.
[38] *Welser* (2001) 106.
[39] *Welser* (2001) 106.
[40] *Welser* (2001) 108.
[41] § 766 ABGB idgF.

hung der Anrechnungsbestimmungen zunächst einen Pflichtteilsverzichtsvertrag und anschließend einen Schenkungsvertrag abzuschließen, was einer Rechtsbeugung gleichkomme. Zudem wurde für die Beseitigung der Differenzierung die sachlich nicht einsehbare Bevorzugung nicht-pflichtteilsberechtigter Personen ins Treffen geführt.[42] Die Differenzierung bei der Befristung von Schenkungsanrechnungen zwischen pflichtteilsberechtigten und nicht-pflichtteilsberechtigten Personen wurde letztlich im Zuge des ErbRÄG 2015 gem § 782 Abs 1 nF ABGB beibehalten.

Mit der Umfrage konnten reformbedürftige erbrechtliche Regelungen erörtert werden, die zT sogar im ErbRÄG 2015 Berücksichtigung fanden. Aus methodischer Sicht ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine reine Praktiker_innenbefragung handelte, weshalb von einer Ermittlung der Auffassungen und Wünsche der Bevölkerung bezüglich Erbrecht gar nicht erst gesprochen werden kann. Eine solche Erhebung scheint jedoch aufgrund der Erläuterungen gar nicht die Absicht *Welsers* gewesen zu sein, vielmehr hatte seine Umfrage das Ziel, die Ansichten von Expert_innen aus der Praxis des Erbrechts über reformbedürftige Bestimmungen eines erbrechtlichen Spezialbereichs einzuholen und gleichzeitig Raum für Reformvorschläge zu schaffen.

C. Empirische Untersuchungen zum deutschen Erbrecht

In der parlamentarischen Sitzung vom 14. Mai 1969[43] ersuchte der Deutsche Bundestag per Entschließungsantrag die Bundesregierung, einen Entwurf für die Reform der gesetzlichen Erbfolge, insb des Erbrechts des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin und der Kinder, vorzulegen. Während der dafür erforderlichen Vorarbeiten führte das deutsche Bundesministerium für Justiz zwei Meinungsumfragen durch, um Erkenntnisse über die diesbezügliche Auffassung der Bevölkerung zu gewinnen.[44]

Umfrage I wurde im März 1970 durchgeführt und behandelte die Ausgestaltung des Ehegatt_innenerbrechts im Verhältnis zu gemeinsamen Kindern, die Testierbereitschaft und die Beurteilung des gemeinschaftlichen Testaments zwischen Ehegatt_innen (auch *Berliner Testament* genannt). Im Rahmen der zweiten Umfrage im März 1971 wurden folgende neun Fragen an die Respondent_innen gerichtet:

[42] *Welser* (2001) 114.
[43] Deutscher Bundestag, Protokoll 235. Sitzung 5. GP, am 14.5.1969, 13018.
[44] *Stöcker* (1971) 609.

1. Die Frage nach dem Ehegatten_innenerbrecht,
2. die Frage nach dem Ehegatten_innenerbrecht im Verhältnis zum Erbrecht der Geschwister,
3. die Frage der Erbfolge nach Stämmen oder Köpfen,
4. die Frage der Erbkonkurrenz zwischen Eltern und Geschwistern,
5. die Frage des Ausstattungsanspruchs,
6. die Frage des Erbrechts halbbürtiger Verwandter,
7. die Frage der Behandlung von Dritten, die dem Erblasser besonders nahestanden,
8. die Frage der Ausweitung des Rechts zur Entziehung des Pflichtteils,
9. die Frage nach dem Sinn der gesetzlichen Erbfolge.

Die Fragen der Umfrage I wurden nach den Kriterien des Geschlechts, des Alters, der Berufsgruppe und der Schulbildung, jene der Umfrage II nach Geschlecht, Alter, Berufsgruppe und Familieneinkommen aufgeschlüsselt. Beide Male wurden jeweils 2.000 Personen befragt.[45]

Zwei Fragen der Umfrage I behandelten die Bedeutung des gesetzlichen Erbrechts in der Praxis:

„Haben Sie für den Fall, dass Sie einmal sterben, ein Testament errichtet, einen Erbvertrag abgeschlossen, oder haben Sie vor, jetzt oder irgendwann ein Testament zu errichten oder einen Erbvertrag abzuschließen?"

Beantwortete man diese Frage nicht oder verneinend, wurde folgende Zusatzfrage gestellt: *„Haben Sie sich überhaupt schon einmal Gedanken über dieses Problem gemacht oder würden Sie sich dafür interessieren, oder kommt das für Sie alles nicht in Betracht bzw. interessiert es Sie nicht?"*[46]

Daraus ergab sich, dass lediglich 20 % der Befragten bereits eine Verfügung von Todes wegen errichtet hatten (16 % Testamente, 4 % Erbverträge). Bemerkenswert waren dabei berufs- und altersspezifische Unterschiede: 10 %

[45] *Stöcker* (1971) 609.
[46] *Stöcker* (1971) 610.

Verfügungsquote bei Arbeiter_innen und Landarbeiter_innen, 15 % bei Angestellt_innen und Beamt_innen, 32 % der Selbständigen, 32 % der Landwirt_innen sowie 39 % der Rentner_innen. Daraus lässt sich eine höhere Testierquote sowohl bei besseren materiellen Verhältnissen als auch im höheren Alter entnehmen.[47]

Allgemein konnte durch die Beantwortung der Fragen eine gewisse Testierscheu der Bevölkerung abgeleitet werden. Das wurde darauf zurückgeführt, dass auf der einen Seite ein beträchtliches Interesse an erbrechtlichen Problemstellungen, auf der anderen Seite ein Desinteresse bezüglich der Verteilung des Nachlasses vorgelegen war.[48] Zudem wurde das zunehmend schwindende Verhältnis des Menschen mit seinem Tod in einer immer mehr säkularisierten Welt ins Treffen geführt. Nach Ansicht des Autors konnte jedoch nicht angenommen werden, dass bei Fehlen eines Testaments dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge als Wille des Erblassers/der Erblasserin zugestimmt worden wäre. Dafür seien die Ansichten der Bevölkerung zu häufig von der Rechtslage des gesetzlichen Erbrechts abgewichen.[49]

Nachdem aufgrund des Auftrages des Bundestages dem Ausbau des Ehegatt_innenerbrechts in der Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge beträchtliche Bedeutung zukommen sollte, war diese Problematik in Umfrage II ein weiteres Mal zu thematisieren.[50] Dabei wurde die Frage in Gestalt eines Falles gestellt, der eine häufig auftretende Interessenkonstellation darstellt:

„Ein Mann stirbt und hinterlässt seine Frau sowie einen Sohn und eine Tochter. Die Kinder sind verheiratet und wohnen außerhalb. Die Witwe bewohnt ein verlassenes Einfamilienhaus, das den wesentlichen Teil des Nachlasses ausmacht. Für die gesetzliche Erbfolge bieten sich nun vor allem zwei Möglichkeiten an:

Das Gesetz kann bestimmen, dass die Witwe und ihre beiden Kinder das Einfamilienhaus gemeinsam und zu gleichen Teilen erben.

Oder das Gesetz bestimmt die Witwe – jedenfalls solange sie sich nicht wiederverheiratet – vor den Kindern zur Alleinerbin und lässt diese erst nach dem Tod der Mutter erben.

Welche dieser beiden Möglichkeiten sollte das Gesetz Ihrer Meinung nach vorsehen?"[51]

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Formulierung der Frage Antwort A begünstigt. Die unter B gegebenen Hinweise auf Wiederverheiratung bzw Tod

[47] *Stöcker* (1971) 610.
[48] *Stöcker* (1971) 610.
[49] *Stöcker* (1971) 610.
[50] *Stöcker* (1971) 612.
[51] *Stöcker* (1971) 613.

der Mutter können negative Assoziationen hervorrufen, dagegen wird die bei A hervorgehobene Günstigkeit und Gleichheit eher positiv aufgenommen.[52] Im Ergebnis zeigte dieser Umstand jedoch keine größeren Auswirkungen, vielmehr führte die Anschaulichkeit der Fragestellung zu einem Reduktion der Unentschiedenen auf 4 %. Für das Alleinerbrecht der Witwe stimmten 55 % aller Befragten (57 % Frauen, 51 % Männer), 63 % der über 65-Jährigen, 42 % der 18- bis unter 21-Jährigen.[53]

In Umfrage II, in der nach Berufsgruppen und Einkommen differenziert wurde, ließ sich in allen Sparten eine klare Bevorzugung für ein Alleinerbrecht der Witwe ableiten.[54] Nachdem das Alleinerbrecht der Witwe bzw des überlebenden Ehegatten eine feste Mehrheitsmeinung in der Bevölkerung darstellte, scheint die Annahme, das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin entspreche dem mutmaßlichen Erblasser_innenwillen, in diesem Fall nachvollziehbar.[55]

D. Empirische Untersuchungen zum schottischen Erbrecht

Der *Succession (Scotland) Act 1964* bildet weitgehend die Grundlage für die in Schottland aktuell anwendbaren Regeln der gesetzlichen Erbfolge. In 1990 und 2009 wurden Berichte der *Scottish Law Commission* veröffentlicht, welche ua Untersuchungen zur gesetzlichen Erbfolge zum Gegenstand hatten.[56] Die darin ausgesprochenen Empfehlungen wurden tw durch den *Succession (Scotland) Act 2016* umgesetzt. Einige Vorschläge wurden allerdings im Rahmen dieses Acts (noch) nicht übernommen, insb das gesetzliche Erbrecht betreffend. Die Möglichkeit weiterer Gesetzesänderungen wurde aber offenbar in Betracht gezogen.[57]

Bemerkenswert ist, dass in diesem Zusammenhang empirische Untersuchungen bzw Studien zur Erforschung der gesellschaftlichen Meinung[58] hinsicht-

---

[52] *Stöcker* (1971) 613.
[53] *Stöcker* (1971) 613.
[54] *Stöcker* (1971) 613.
[55] *Stöcker* (1971) 613.
[56] *Reid* 2015, 388; *Gretton/Steven* (2017) 396; *Scottish Law Commission* (1990) 1; *Scottish Law Commission* (2009) 1f.
[57] *Gretton/Steven* (2017) 396f; Succession (Scotland) Act 2016; *Scottish Government* (2015).
[58] Erwähnt werden insb folgende Studien im *Scottish Law Commission* (1990) 1: *Manners/Rauta* (1981); *Attitudes towards Succession Law in Scotland* (1986), die Ergebnisse der Umfrage, welche von *System Three Scotland* durchgeführt wurde, sind in Anhang II des *Scottish Law Commission* [1986a] 225ff veröffentlicht); *Central Research Unit* (1989). Bei dem Bericht *Scottish Law Commission* (2009) sind weiters folgende Studien berücksichtigt: *Scottish Executive Social Research* (2005); *O'Neill* (2006).

lich bestimmter Aspekte des Erbrechts durchgeführt und auch berücksichtigt wurden.[59] Methodisch wurde bei den Umfragen aus 1986 und 2005, welche die *Scottish Law Commission* ua den Berichten von 1990 und 2009 zugrunde legte, vergleichbar vorgegangen. Den ausgewählten Personen wurden verschiedene Fallkonstellationen vorgelegt und anschließend ihre Meinung hinsichtlich der Verteilung des Vermögens in diesen Situationen erforscht.[60] In den Berichten von 1990 und 2009 sprach die *Scottish Law Commission* Empfehlungen zur Änderung der gesetzlichen Erbfolge aus, bei deren Gestaltung die Ergebnisse der Umfragen herangezogen wurden.[61] Im Bericht von 2009 wurde überdies eine Studie, welche – neben dem Aufkommen letztwilliger Verfügungen – den Wissensstand der schottischen Bevölkerung über die gesetzliche Erbfolge untersuchte, berücksichtigt.[62] Es zeigt sich also die große Bedeutung, welche solchen Umfragen in Schottland beigemessen wird.

1. Bericht 1990

Der Bericht der *Scottish Law Commission* aus 1990 folgte auf drei 1986 veröffentlichten *Consultative Memoranda on Succession Law*[63]. Diese enthielten eine Reihe von vorläufigen Vorschlägen zur Reform des Erbrechts. Die *Scottish Law Commission* berücksichtigte bei Erstellung der Memoranda ua Ergebnisse öffentlicher Meinungsumfragen, daneben wurde bei Ausarbeitung der Reformvorschläge auf das Erbrecht anderer Länder zurückgegriffen.[64] Die 1979 durgeführte Umfrage „*Family Property in Scotland*“ enthielt nicht nur Informationen zu den Arten und der Höhe des Vermögens, sondern auch Meinungen der Bevölkerung zu bestimmten Aspekten der Erbfolge.[65] Darüber hinaus wurde die öffentliche Meinungsumfrage „*Attitudes towards Succession Law in Scotland*“[66] für die *Scottish Law Commission* 1986 vorgenommen und in der Folge berücksichtigt.[67] Nach Veröffentlichung der Memoranda wurde eine weitere empirische Untersuchung durch *Central Research Unit* durchgeführt, welche aus

[59] *Scottish Law Commission* (1990) 1; *Scottish Law Commission* (2009) 1f.
[60] *Scottish Law Commission* (1986a) 227ff; *Scottish Executive Social Research* (2005) 4ff.
[61] *Scottish Law Commission* (1990) 1; *Scottish Law Commission* (1986a) 14f. *Scottish Law Commission* (2009) 1f (ein Überblick findet sich auf Seite 2ff; die Empfehlungen sind auf Seite 120ff aufgelistet).
[62] *O'Neill* (2006) 5, 13.
[63] *Scottish Law Commission* (1986a); *Scottish Law Commission* (1986b); *Scottish Law Commission* (1986c).
[64] *Scottish Law Commission* (1990) 1.
[65] *Scottish Law Commission* (1990) 1 unter Bezugnahme auf *Manners/Rauta* (1981).
[66] *Scottish Law Commission* (1986a) 225ff.
[67] *Scottish Law Commission* (1990) 1; *Scottish Law Commission* (1986a) 14f.

den Nachlassverzeichnissen verfügbare Informationen, die zur Bestätigung des Testamentsvollstreckers vorgelegt wurden, verwendete.[68]

a) Empirische Daten

Im Rahmen der Umfrage „*Attitudes towards Succession Law in Scotland*" aus 1986 wollte die *Scottish Law Commission* Informationen darüber erhalten, was nach Ansicht von schottischen Erwachsenen eine angemessene Aufteilung des Vermögens in einer Auswahl verschiedener Situationen wäre. Die gewonnenen Ergebnisse konnten nach Meinung der *Scottish Law Commission* Aufschluss darüber geben, ob das geltende Recht allgemein vertretbar sei sowie eine Richtschnur für mögliche Reformen darstellen. Insgesamt wurden 992 Personen im Alter von 18 Jahren und älter zu Hause interviewt.[69] Dabei wurden den Teilnehmer_innen verschiedene Fallkonstellationen vorgelegt und gefragt, wie ihrer Meinung nach das Vermögen unter den angegebenen Angehörigen verteilt werden sollte.[70]

Der Bericht der *Scottish Law Commission* aus 1990 bezog mehrmals die Ergebnisse der Umfragen mit ein und sprach schließlich die Empfehlung aus, ob und wie das Gesetz geändert werden sollte.[71]

Beispiel: *"A married man survived by his wife and his parents, but with neither children nor other close relatives:*

- *entirely to his wife,*
- *mainly to his wife, but some to his parents,*
- *half to his wife and half to his parents,*
- *mainly to his parents, but some to his wife,*
- *entirely to his parents,*
- *some other way,*
- *don't know."*[72]

[68] *Scottish Law Commission* (1990) 1 unter Bezugnahme auf *Central Research Unit* (1989).
[69] *Scottish Law Commission* (1986a) 226.
[70] *Scottish Law Commission* (1986a) 227ff.
[71] Bspw *Scottish Law Commission* (1990) 2.
[72] *Scottish Law Commission* (1986a) 229.

Insgesamt ließ sich eine deutliche Tendenz feststellen, der Ehegattin/dem Ehegatten alles bzw den größten Anteil am Vermögen des verstorbenen Ehegatten/der verstorbenen Ehegattin zukommen zu lassen.[73]

b) Empfehlungen

Im Ergebnis sprach viel für ein alleiniges Erbrecht des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin, sodass die *Scottish Law Commission* empfahl, dass der überlebende Ehegatte den gesamten Nachlass erben solle, wenn jemand keine letztwillige Verfügung errichtet und einen Ehegatten/eine Ehegattin, aber keine Kinder hinterlässt.[74]

Wenn jemand ohne Errichtung einer letztwilligen Verfügung verstirbt und Nachkommen, aber keinen Ehegatten/keine Ehegattin hinterlässt, sollen die Nachkommen weiterhin die gesamte Verlassenschaft erben.[75]

Verstirbt jemand ohne letztwillige Verfügung und hinterlässt sowohl einen Ehegatten/eine Ehegattin, als auch Nachkommen, dann soll nach Empfehlung der *Scottish Law Commission* der Ehegatte/die Ehegattin £ 100.000 oder, wenn die Verlassenschaft weniger wert ist, das gesamte hinterlassene Vermögen erhalten. Der darüberhinausgehende Wert soll je zur Hälfte an den Ehegatten/die Ehegattin und an die Nachkommen gehen.[76]

2. Bericht 2009

Die Schwerpunkte des Berichts aus 2009 lagen auf der Verteilung der Verlassenschaft bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung sowie auf dem Schutz naher Verwandter vor einer Enterbung durch den Verstorbenen/die Verstorbene (insb bezogen auf den überlebenden Ehegatten/die überlebende Ehegattin, den eingetragenen Partner/die eingetragene Partnerin oder den Lebensgefährten/die Lebensgefährtin).[77] Diese Themen waren zwar schon im Rahmen des Berichts 1990 behandelt worden, eine erneute Beschäftigung damit erschien

[73] *Scottish Law Commission* (1986a) 229.
[74] *Scottish Law Commission* (1990) 2. Vgl das Ergebnis der Studie aus 2005 (*Scottish Executive Social Research* [2005] 4): die große Mehrheit von 88 % stimmte der Aussage zu, dass das ganze Vermögen des verheirateten Mannes an seine überlebende Ehefrau gehen sollte, wenn dieser ohne Hinterlassung eines Testaments verstirbt und eine Ehefrau, seine Mutter und seinen Bruder hinterließ.
[75] *Scottish Law Commission* (1990) 2f.
[76] *Scottish Law Commission* (1990) 4.
[77] *Scottish Law Commission* (2009) 1.

aber aufgrund von Entwicklungen seit 1990 in der schottischen Gesellschaft notwendig. Das Recht (insb das Erbrecht) hielt nach Ansicht der *Scottish Law Commission* mit zahlreichen gesellschaftlichen Veränderungen nicht Schritt, wie etwa dem Umstand, dass immer mehr Paare in einer Lebensgemeinschaft oder als Stieffamilien zusammenlebten. Darüber hinaus würden sich Fragen aus der zunehmenden Lebenserwartung und der daraus resultierenden Folge, dass Kinder meist erwachsen sind, wenn ihre Eltern sterben, ergeben.[78]

Zur Vorbereitung des Berichts 2009 war 2005 erneut eine Studie[79] in Auftrag gegeben worden, die bei Ermittlung der aktuellen öffentlichen Meinung helfen sollte. Die Ergebnisse der Umfrage flossen, wie beim Bericht 1990, in die Gestaltung der Empfehlungen der *Scottish Law Commission* ein. Zudem wurde die Umfrage „*Wills and Awareness of Inheritance Rights in Scotland*“[80] aus dem Jahre 2006 berücksichtigt.[81]

a) Empirische Daten

Gegenstand der Umfrage von *Scottish Executive Social Research* (2005) war, die Ansichten schottischer Erwachsener das Erbrecht betreffend zu erforschen. Dabei wurde insb die Übereinstimmung der öffentlichen Meinung mit den von der *Scottish Law Commission* ausgesprochenen Empfehlungen überprüft; sowie die Ansichten der Befragten über die Kernbereiche des gesetzlichen Erbrechts, den Schutz vor Enterbung und die allgemeine Einstellung der Befragten gegenüber Lebensgemeinschaften ermittelt.[82] Es handelte sich hierbei um eine quantitative Studie mit insgesamt rund 1.000 Teilnehmer_innen im Alter von 16 Jahren und mehr, welche persönlich zu Hause befragt wurden.[83] Den Befragten wurde eine Reihe von Fallkonstellationen kombiniert mit einer Aussage über die Verteilung des Vermögens vorgelegt. In der Folge konnte ausgewählt werden inwiefern man mit dem Statement übereinstimmt („strongly agree, agree, disagree, disagree strongly, don’t know“).[84]

---

[78] *Scottish Law Commission* (2009) 1; *Scottish Executive Social Research* (2005) 1. So hielt die *Scottish Law Commission* ausdrücklich im Vorwort der Umfrage (*Scottish Executive Social Research* [2005] 1) fest: “*The Commission believes that the current succession law no longer reflects current social attitudes nor caters adequately for the range of family formations that are common in Scotland today.*”

[79] *Scottish Executive Social Research* (2005).

[80] *O’Neill* (2006).

[81] *Scottish Law Commission* (2009) 1f.

[82] *Scottish Executive Social Research* (2005) 1.

[83] *Scottish Executive Social Research* (2005) 2.

[84] *Scottish Executive Social Research* (2005) 4ff.

Die konkrete Vorgangsweise soll wiederum anhand eines Beispiels das gesetzlichen Erbrecht betreffend veranschaulicht werden. Die Meinung der Bevölkerung wurde in folgender Situation untersucht:

"Suppose that a man who has married twice dies. He has not made a will. He is survived by his two step-children whom the man had accepted[85] *as children of his family. Under current law, step-children are not entitled to receive anything if their step parent dies without making a will. To what extent would you say that you agree or disagree with the following statement?*



The man's step-children should be entitled to receive something from his estate.'[86]

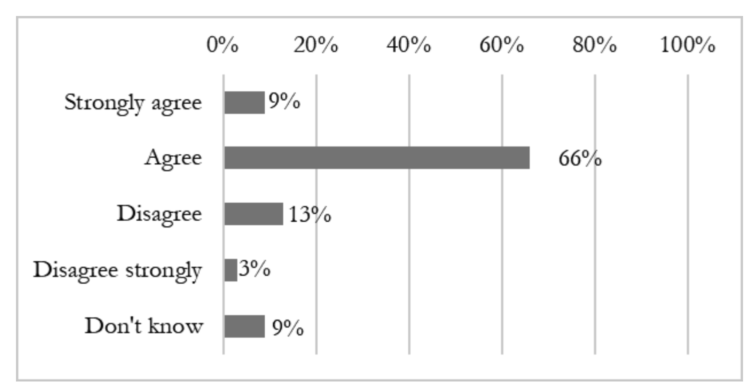


Abbildung 17: Zustimmungsquoten zu Erbrechtsszenarien aus der 2005 in Schottland durchgeführten Befragung[87]

75 % der Befragten reagierten hierauf zustimmend (9 % mit „strongly agree" und 66 % mit „agree").[88] Zwar folgerte die *Scottish Law Commission* daher hinsichtlich der Einräumung eines Erbrechts der Verlassenschaft des Stiefelternteils bzw des/der Aufnehmenden von Stiefkindern angesichts neu konstruierter Familienverhältnissen eine bemerkenswerte öffentliche Unterstützung.[89] Die *Scottish Law Commission* vertrat allerdings die vorläufige Ansicht, dass bei einer Änderung des Rechts der Stiefkinder die Nachteile, die Vorteile über-

[85] „*Accepted*" ist als eine Art faktisches Verhältnis zu verstehen; das Kind wurde in der Familie ohne offiziell adoptiert zu werden aufgenommen, was offenbar bislang keine Konsequenzen im Erbrecht herbeiführte (s etwa *Scottish Law Commission* [2009] 22f; *Scottish Law Commission* [2007] 29). Ein adoptiertes Kind wird im Erbrecht wie ein leibliches Kind der Adoptiveltern behandelt Part IV, 23 (1) (a) Succession (Scotland) Act 1964 (*Hiram* [2007] 169).
[86] *Scottish Executive Social Research* (2005) 7.
[87] *Scottish Executive Social Research* (2005) 7.
[88] *Scottish Executive Social Research* (2005) 7.
[89] *Scottish Law Commission* (2009) 22; näher *Scottish Law Commission* (2007) 29f.

wiegen würden, da der/die Aufnehmende mittels Testament Vorsorge für diese Kinder treffen könnte. Eine Berücksichtigung von Stiefkindern würde das Recht zu kompliziert werden lassen und praktische Unsicherheiten bergen. Daher empfahl die *Scottish Law Commission* Stiefkinder des/der Verstorbenen und als Kinder der Familie des/der Verstorbenen aufgenommene Kinder im Bereich des gesetzlichen Erbrechts weiterhin nicht als Kinder des/der Verstorbenen zu behandeln.[90]

Zudem wurden die Ergebnisse der Studie „*Wills and Awareness of Inheritance Rights in Scotland*"[91] berücksichtigt. Im Rahmen dieser Untersuchung wollte man ua ermitteln, wie viele der Befragten ein Testament errichtet hatten. Zudem war beabsichtigt mehr über die Gründe für das Testieren oder Nicht-Testieren zu erfahren und ob es sich dabei überhaupt um eine bewusste Entscheidung handelte.[92] Zwar waren in den Familienstrukturen Veränderungen zu beobachten (Zunahme von Lebensgemeinschaften und nicht-traditionellen Familien), wohingegen das (zu diesem Zeitpunkt) aktuelle Erbrecht mit diesen Entwicklungen nicht Schritt hielt. Dies erweckte die Bedenken, dass man sich der Konsequenzen für die eigene Familie, wenn man ohne Hinterlassung eines Testaments stirbt, nicht bewusst war. Ein weiteres Ziel der Untersuchung war es, mehr über den Wissensstand der schottischen Bevölkerung bezogen auf die erbrechtliche Position des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin und von Kindern, welche Teil einer nicht-traditionellen Familie waren, zu erfahren.[93] Insgesamt wurden 1.009 Personen im Alter von 16 Jahren und älter zu Hause befragt.[94]

Der erste Teil der Untersuchung betraf letztwillige Verfügungen. Dabei wurde herausgefunden, dass 37 % der Befragten eine solche errichtet hatten. Das Bestehen von letztwilligen Verfügungen variierte, abhängig von den individuellen Umständen (Alter, sozioökonomische Kategorie, Beziehungsstatus), beträchtlich. Das Alter der Befragten hatte dabei den meisten Einfluss.[95] Als Hauptgrund für die Nicht-Errichtung eines Testamentes, wurde von 46 % „I've never got round to it" ausgewählt, gefolgt von 28 %, die meinten „I've never thought about it".[96] Als ein Grund für die Errichtung eines Testaments gaben 51 % „Peace of mind about what will happen to my property when I die" an, gefolgt von 46 % „I want to make sure that my family is provided for

[90] *Scottish Law Commission* (2009) 23.
[91] *O'Neill* (2006).
[92] *O'Neill* (2006) 1.
[93] *O'Neill* (2006) 3f.
[94] *O'Neill* (2006) 5.
[95] *O'Neill* (2006) 6f.
[96] *O'Neill* (2006) 8.

when I die".[97] Zudem wurden genauere Details über die Testamentserrichtung mit Hilfe diverser Fragen ermittelt; wie etwa darüber, in welcher Form dieses errichtet wurde oder wie lange die Errichtung des Testaments zurücklag. Außerdem wurden Fragen über die Kosten eines Testaments gestellt.[98] Der zweite Teil der Studie betraf die Ermittlung des Wissensstandes der Bevölkerung über das gesetzliche Erbrecht. Dabei wurden kurze Situationen geschildert und gefragt, welche Aussage über die Verteilung des Vermögens bzw erbrechtliche Ansprüche der rechtlichen Regelung entsprach.[99]

Beispiel: *"I would like you to think about a couple who have lived together for 10 years in a house bought in the man's sole name. They are not married. The man dies without leaving a will. Which of the following statements is correct?*

a. The woman has the same inheritance rights as she would have if the couple were married.

b. The woman has fewer inheritance rights than she would have if the couple were married.

c. The woman has more inheritance rights than she would have if the couple were married."[100]

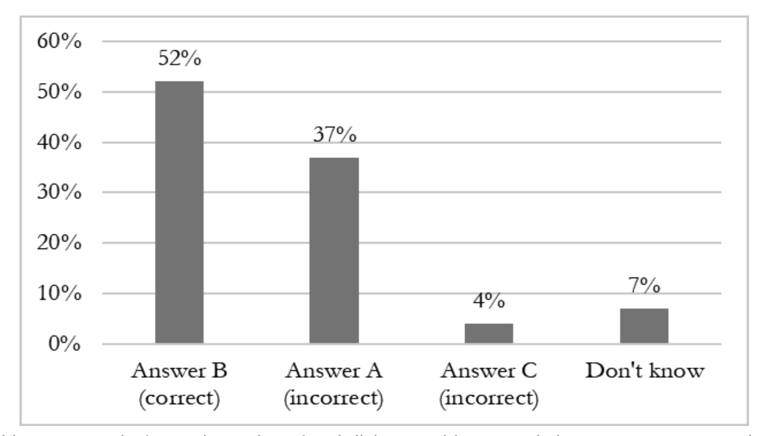


Abbildung 18: Rechtskenntnis zu der erbrechtlichen Position unverheirateter Personen aus der „Wills and Awareness of Inheritance Rights in Scotland"-Studie[101]

[97] *O'Neill* (2006) 9.
[98] *O'Neill* (2006) 10ff.
[99] *O'Neill* (2006) 13ff.
[100] *O'Neill* (2006) 13.
[101] *O'Neill* (2006) 14.

52 % der Befragten gaben die „richtige“[102] Antwort nämlich, dass die Frau weniger Rechte, als im verheirateten Zustand, hätte. Dennoch meinten 37 % der Befragten „unrichtigerweise“, dass die Lebensgefährtin die gleichen Rechte wie eine Ehefrau hätte.[103]

b) Empfehlungen

Die *Scottish Law Commission* empfahl hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge beispielsweise:

Wenn ein Ehegatte/eine Ehegattin oder ein eingetragener Partner/eine eingetragene Partnerin und keine Nachkommen hinterlassen werden, soll der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin oder der eingetragener Partner/die eingetragene Partnerin die gesamte Verlassenschaft erhalten.[104]

Bei Vorhandensein von Nachkommen, aber Fehlen eines überlebenden Ehegatten/einer überlebenden Ehegattin oder eingetragenen Partners/eingetragenen Partnerin, sollen die Nachkommen weiterhin die gesamte Verlassenschaft erhalten.[105]

Neben Nachkommen soll ein überlebender Ehegatte/eine überlebende Ehegattin oder eingetragener Partner/eingetragene Partnerin unter einem Wert von £ 300.000 alles erhalten. Über £ 300.000 soll der Ehegatte/die Ehegattin oder der eingetragene Partner/die eingetragene Partnerin £ 300.000 und vom darüberhinausgehenden Teil oder die Hälfte bekommen. Den Nachkommen soll die andere Hälfte des Überschusses zustehen.[106]

E. Empirische Untersuchungen zum englischen und walisischen Erbrecht

Bei der Betrachtung von England und Wales hat sich ebenfalls gezeigt, dass die Durchführung und Berücksichtigung von empirischen Untersuchungen in diesem Zusammenhang eine gängige Methode ist.[107]

---

[102] Mit richtig ist hier jene Antwort gemeint, die dem Rechtsstand entsprach (*O'Neill* [2006] 13).
[103] *O'Neill* (2006) 13.
[104] *Scottish Law Commission* (2009) 2, 12.
[105] *Scottish Law Commission* (2009) 2, 12.
[106] *Scottish Law Commission* (2009) 2, 16.
[107] *Law Commission* (1989) 1f; *Law Commission* (2011) 8f.

Die im Wesentlichen heute (mit einigen Änderungen) noch geltende Struktur der gesetzlichen Erbfolge in England und Wales wurde aufgrund des *Administration of Estates Act 1925* geschaffen.[108] Diesem Act liegt eine Analyse letztwilliger Verfügungen zugrunde, welche Vorkehrungen, die Testierenden häufig bzw gewöhnlich in ihren letztwilligen Verfügungen treffen, untersuchte. Denn es war beabsichtigt, Regelungen zu schaffen, welche widerspiegeln, was sich ein durchschnittlicher Testierender/eine durchschnittliche Testierende wünschen würde.[109] Eine vergleichbare Methode, wie beim Act 1925, wurde im Rahmen der Reformarbeiten des *Morton Committee on Intestate Succession* angewandt.[110]

Wie in Schottland wurden auch in England und Wales umfangreichere, das Erbrecht betreffende Untersuchungen durchgeführt und so wurden etwa Berichte der *Law Commission* in 1989[111] und 2011[112] veröffentlicht. Gegenstand des Berichts 1989 war ua die Frage, ob der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin eine großzügigere Versorgung erhalten sollte. Außerdem wurde über eine allfällige Berücksichtigung des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin im gesetzlichen Erbrecht diskutiert. Mit diesem Bericht hat ein umfangreicher Reformprozess gestartet, der schließlich zum *Inheritance and Trustees' Powers Act 2014* führte.[113]

Die *Law Commission* war im Bericht 1989 der Ansicht, dass die Ergebnisse, welche aufgrund einer Analyse von Testamenten gewonnen wurden, nur von begrenztem Wert für die gesetzliche Erbfolge seien und hielt Umfragen über die öffentliche Meinung für einen zuverlässigeren Richtwert.[114] Seither bezog die *Law Commission* in England und Wales bei der Ausarbeitung von Reformvorschlägen für das gesetzliche Erbrecht immer wieder öffentliche Meinungsumfragen und sonstige empirische Daten bzw Studien[115] mit ein, so bei den Berichten aus 1989 und 2011.[116] Dabei schien sie aber gegenüber der neuen Methode einen vorsichtigen Zugang zu wählen und die empirischen Ergebnisse mit sorgfältiger Überlegung zu verwenden.[117] An dieser Vorgehensweise

---

[108] *Kerridge* 2015, 327; *Mellows* (1983) 151; *Sloan* (2017) 17.
[109] *Sloan* (2017) 18; *Mellows* (1983) 151; *Sherrin/Bonehill* (2004) 19f.
[110] *Sherrin/Bonehill* (2004) 19f; *Reid* 2015, 382f; unter Bezugnahme auf *Report of the Committee on the Law of Intestate Succession* (1951) Cmnd 8310.
[111] *Law Commission* (1989).
[112] *Law Commission* (2011).
[113] *Kerridge* 2015, 329, 332f.
[114] *Law Commission* (1989) 1f; ausführlich dazu *Law Commission* (1988) 31ff.
[115] S etwa folgende Untersuchungen: die Umfrage aus 1988/1989 ist im Appendix C des Berichts aus 1989 (*Law Commission* [1989] 25ff) veröffentlicht; *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010); *Morrell/Bernard/Legard* (2009).
[116] *Law Commission* (1989) 1f; *Law Commission* (2011) 8f.
[117] *Law Commission* (1989) 8; *Law Commission* (2011) 9.

der *Law Commission*, welche zwar der aktuellen Stimmung und Mode entspreche, wurde auch Kritik geäußert. So könnte hinterfragt werden, wie fundiert eine solche Meinung angesichts dessen ist, dass diese auf der offenkundigen Unkenntnis der Befragten über das geltende gesetzliche Erbrecht und Familiengüterrecht im Allgemeinen beruhte.[118]

1. Bericht 1989

Die *Law Commission* beschäftigte sich im Bericht 1989 ua mit einer möglichen Reform der Regeln über die gesetzliche Erbfolge und erstellte entsprechende Vorschläge. Denn auch für England und Wales wurde aufgrund von Veränderungen in Bezug auf die Arten und Verteilung des Eigentums sowie dem gesellschaftlichen Wandel ein Bedürfnis zur Reform erkannt.[119]

a) Empirische Daten

Dem Bericht aus 1989 ging neben einem Working Paper[120] eine öffentliche Meinungsumfrage voraus, da es sich um eine Materie handelte, bei welcher die Ansichten und Erwartungen der Öffentlichkeit als besonders relevant erachtet wurden.[121] In ihrem Bericht hegte die *Law Commission* aber dennoch Bedenken, den Ansichten der Bevölkerung zu großes Gewicht zuzumessen. Denn die Befragten hätten nicht die Gelegenheit gehabt, die jeweiligen Fragen ausführlich zu überdenken. Nichtdestotrotz wurden die Ergebnisse einer solchen Umfrage als Anhaltspunkt dafür gesehen, wie die Ansprüche eines Ehegatten/einer Ehegattin gegenüber den Kindern und anderen Verwandten von der Öffentlichkeit bewertet wurden.[122]

Mittels dieser Befragung aus 1988/1989 wollte man Informationen darüber erhalten, was in England und Wales lebende Personen über das geltende Erbrecht wussten und was diese für eine angemessene Verteilung einer Verlassenschaft bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung in verschiedenen Situationen erachteten. Die 1.001 Interviews wurden mit den Befragten persönlich durchgeführt.[123]

---

[118] *Sherrin/Bonehill* (2004) 27.
[119] *Law Commission* (1989) 1, 16.
[120] *Law Commission* (1988).
[121] *Kerridge* (2015) 333; *Law Commission* (1989) 1.
[122] *Law Commission* (1989) 8.
[123] *Law Commission* (1989) 25.

a) Empfehlungen

Eine wichtige Empfehlung der *Law Commission* im Rahmen des Berichts 1990 war, dass der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin die ganze Verlassenschaft erhalten soll.[124] Hierbei wurde mehrmals auf die durchgeführte Meinungsumfrage eingegangen: oft stützte die *Law Commission* ihre Empfehlung damit;[125] tw setzte sie sich aber auch mit abweichenden Ergebnissen auseinander.[126] Insgesamt leitete die *Law Commission* aus der Umfrage eine bemerkenswerte Unterstützung für eine Überlassung der gesamten Verlassenschaft an den überlebenden Ehegatten/die überlebende Ehegattin ab.[127]

Bei Lebensgemeinschaften sprach das Ergebnis der öffentlichen Meinungsumfrage für eine Berücksichtigung des überlebenden Lebensgefährten/der überlebenden Lebensgefährtin bei der gesetzlichen Erbfolge.[128] Die *Law Commission* meinte allerdings, dass dies zu Lasten der Einfachheit und Klarheit der Regelungen gehen würde und darüber hinaus die Kosten erhöhen sowie eine Verzögerung der Verlassenschaftsabhandlung aufgrund möglicher Streitigkeiten über die Frage, ob jemand konkret Lebensgefährt_in ist, verursachen könnte.[129] Die *Law Commission* entschied sich somit zwar gegen die Empfehlung eines gesetzlichen Erbrechts für den Lebensgefährten/die Lebensgefährtin, schlug aber vor, dass diese_r berechtigt sein soll eine Versorgung aufgrund einer Ermessensentscheidung nach dem *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* zu beantragen.[130]

2. Bericht 2011

Im Rahmen des Berichts 2011 wurden etwa folgende Themen behandelt: die erbrechtliche Position des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegat-

---

[124] *Law Commission* (1989) 8ff, insb 9 Pkt 33, zu den Empfehlungen s auch 16; *Kerridge* (2015) 333.

[125] *Law Commission* (1989) 8, 10.

[126] So bspw bei der Frage der Behandlung von Ehegatt_innen aus zweiter oder nachfolgender Ehe, wenn Nachkommen aus einer früheren Ehe vorhanden waren: Die Mehrheit der Befragten war für eine unterschiedliche Behandlung solcher Ehegatt_innen (s *Law Commission* [1989] 11 und Appendix C Table 7 [38], 8 [40], 21/1 [50] und 24/1 [51]); während die *Law Commission* die Ansicht vertrat, dass Nachkommen aus einer früheren Ehe keine Rechte nach der gesetzlichen Erbfolge haben sollten; dh die *Law Commission* entschied sich entgegen der Mehrheit der Befragten dafür, dass Ehegatt_innen aus zweiter oder nachfolgender Ehe keine unterschiedliche Behandlung gegenüber Ehegatt_innen aus erster Ehe erfahren sollten (*Law Commission* [1989] 11).

[127] *Law Commission* (1989) 8.

[128] *Law Commission* (1989) 15 und Appendix C Table 13 (45).

[129] *Law Commission* (1989) 15.

[130] *Law Commission* (1989) 15, 16.

tin, das gesetzliche Erbrecht von sonstigen Verwandten, die „*Family Provision*“ und erbrechtliche Ansprüche von Lebensgefährt_innen.[131] Der Schwerpunkt des Berichts aus 2011 lag, wie jener des Berichts 1989, auf der erbrechtlichen Position des Ehegatten/der Ehegattin. Die 1989 ausgesprochene Empfehlung, dass bei Fehlen einer letztwilligen Verfügung der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin in sämtlichen Fällen die gesamte Verlassenschaft erben soll, wurde bislang nicht umgesetzt. Daneben äußerte die *Law Commission* im Bericht 2011 kleinere Reformvorschläge und Empfehlungen für Neuerungen in Bezug auf Lebensgefährt_innen.[132]

Neben der Durchführung einer umfassenden Untersuchung sowohl anderer Rechtsordnungen als auch der eigenen,[133] wurde es für überaus wichtig erachtet, dass die Empfehlungen der *Law Commission* im rechtlichen sowie sozialen Zusammenhang und der öffentlichen Meinung Englands und Wales verankert waren.[134]

a) Empirische Daten

Die *Law Commission* hatte bei Erstellung ihrer Empfehlungen Zugriff auf diverse empirische Daten, welche durch Untersuchungen Dritter tw speziell für den gegenständlichen Bericht und tw mit Beteiligung der *Law Commission* gewonnen worden waren.[135]

Das *National Centre for Social Research* wurde 2008 von der *Law Commission* mit der Durchführung einer empirischen Untersuchung – „The Law of Intestate Succession: Exploring Attitudes Among Non-Traditional Families“[136] – beauftragt. Diese Studie umfasste vier Fokusgruppen mit je rund zehn Teilnehmer_innen. Hierfür wurden insb Personen ausgewählt, die Teil von nicht-traditionellen Familien waren, dh die mehr als einmal geheiratet hatten, die Kinder aus mehr als einer Beziehung hatten, die Stiefkinder hatten oder die in Lebensgemeinschaften bzw gleichgeschlechtlichen Partnerschaften lebten.[137] Das Hauptaugenmerk der Studie lag auf dem gesetzlichen Erbrecht. Zur Herstellung einer Grundlage für die Diskussion wurden die Teilnehmer_innen

[131] *Law Commission* (2011).
[132] *Kerridge* (2015) 337; *Law Commission* (2011) 2f. Eine Zusammenfassung der Empfehlungen befindet sich im 9. Teil: *Law Commission* (2011) 186ff.
[133] Dem Bericht 2011 ging weiters ein *Consultation Paper* voraus: *Law Commission* (2009).
[134] *Law Commission* (2011) 4.
[135] *Law Commission* (2011) 8.
[136] *Morrell/Bernard/Legard* (2009).
[137] *Morrell/Bernard/Legard* (2009) 5f; *Law Commission* (2011) 8.

zuerst über ihre Meinung zur Testierfreiheit befragt.[138] Im Rahmen der Untersuchung wurden Gruppendiskussionen zu folgenden Themen durchgeführt: Bedeutung der Testierfreiheit, die Ansprüche von Ehegatt_innen und Kindern, die Rechte der Lebensgefährt_innen und die Bedeutung des Familienhauses.[139] Die Methode einer qualitativen Studie wurde ausgewählt, um die Vielfalt der Ansichten darstellen und deren Gründe dafür näher untersuchen zu können, ohne festzustellen, wie viele Personen eine solche Ansicht vertraten. Diese Methode wurde insb deswegen als geeignet angesehen, weil es sich bei den Einstellungen zur gesetzlichen Erbfolge generell und spezifisch bei nicht-traditionellen Familien um relativ unerforschte Gebiete handelte.[140]

Zudem wurde ein groß angelegtes Forschungsprojekt zur Unterstützung der *Law Commission* bei ihrer Überprüfung des gesetzlichen Erbrechts und der „*Family Provision*" ausgeführt.[141] Dieses Projekt, "*Inheritance and the family: attitudes to will-making and intestacy"*[142]*,* bestand aus zwei Phasen. Zuerst wurde eine quantitative Umfrage, welche insgesamt 1.556 Personen umfasste, zur Bestimmung der Ansichten über eine Vielzahl verschiedener Fragen bezogen auf das gesetzliche Erbrecht vorgenommen. Daran schloss eine qualitative Phase an, in welcher 30 Tiefeninterviews mit Personen, welche bereits an der ersten Umfrage teilgenommen hatten, durchgeführt wurden. Dadurch sollten mehr Informationen über die individuellen Erfahrungen und den Denkprozess, welchen die Beteiligten durchlaufen hatten, wenn Meinungen zu den gegenständlichen Themen gebildet worden waren, generiert werden.[143] Das Ziel der Umfrage war, für die *Law Commission* mehr Informationen über die Einstellungen der Öffentlichkeit, wie das Recht sowohl mit der gesetzlichen als auch testamentarischen Erbfolge umgehen sollte, herauszufinden. Überdies sollte festgestellt werden, wie die Ansichten in verschiedenen Gruppen dahingehend variierten, wie diese ihre „Familie" definierten oder welche Beziehungen oder Verbindungen bedeutend für die Verteilung des Vermögens nach dem Tod erachtet wurden.[144]

Die Heranziehung der erhobenen empirischen Daten zur Ergänzung ihrer Arbeit lässt die große Bedeutung erkennen, welche die öffentliche Meinung für die *Law Commission* hatte. Es kam allerdings deutlich zum Ausdruck, dass ein vorsichtiger Zugang zu diesen Ergebnissen gewählt wurde. Denn selbst,

---

[138] *Morrell/Bernard/Legard* (2009) 9.
[139] *Law Commission* (2011) 8.
[140] *Morrell/Bernard/Legard* (2009) 5; *Law Commission* (2011) 8f.
[141] *Law Commission* (2011) 9; *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 12.
[142] *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010).
[143] *Law Commission* (2011) 9; *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 8, ausführlicher 15ff.
[144] *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 14.

wenn die Untersuchung eine mehrheitliche Meinung erkennen ließ, wurde diese von der *Law Commission* nicht als unveränderliches Ergebnis angesehen. Der Umstand, dass die öffentliche Meinung nicht immer auf vollständiger Information über ein Thema aufbauen konnte, sodass die Ergebnisse der empirischen Untersuchungen in ihrem Wert hinsichtlich der Form und dem Inhalt der gestellten Fragen begrenzt waren, sowie die Tatsache, dass es im Rahmen einer weiträumigen Umfrage unmöglich war, eine Frage mit einer Erklärung einzuleiten, bewog die *Law Commission* zu einer vorsichtigen und sorgfältigen Betrachtung der (grundsätzlich als sehr wertvoll angesehenen) empirischen Daten.[145]

b) Empfehlungen

Im Bericht 2011 machte die *Law Commission* hinsichtlich des Erbrechts des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin folgende Reformvorschläge:[146]

Wenn keine Nachkommen vorhanden sind, soll der Ehegatte/die Ehegattin die gesamte Verlassenschaft erhalten.[147] Hierbei wurden ua die Ergebnisse der öffentlichen Meinungsumfrage berücksichtigt. Im Fall einer verheirateten Frau, die ohne Testament verstarb und einen Ehegatten sowie ihre Mutter, aber keine Kinder hinterlässt, war die Mehrheit (63 %) dafür, dass der überlebende Ehegatte alles erhalten sollte. Im Gegensatz dazu meinten nur 1 % aller Befragten, dass die Mutter alles erhalten sollte und 14 % vertraten, dass beide jeweils die Hälfte erhalten sollten.[148]

Neben Nachkommen soll dem Ehegatten/der Ehegattin (zusätzlich zu den „*personal chattels*" und dem gesetzlichen Vermächtnis) die Hälfte des Überschusses uneingeschränkt und nicht bloß auf Lebzeiten zukommen.[149] Auch in diesem Zusammenhang setzte sich die *Law Commission* mit den Ergebnissen der empirischen Untersuchung auseinander.[150] Wenn jemand ohne Testament verstarb und einen Ehegatten/eine Ehegattin sowie zwei Kinder über 18 Jahren hinterlässt, war etwa die Hälfte der Befragten (51 %) der Meinung, dass der Ehegatte/die Ehegattin alles erhalten sollte und weitere 29 % meinten, dass der Ehegatte/die Ehegattin vorrangig erben sollte. Wohingegen nur 1 %

---

[145] *Law Commission* (2011) 9.
[146] Dazu auch *Kerridge* 2015, 337; ausführlich zur Position des überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin *Law Commission* (2011) 29ff.
[147] *Law Commission* (2011) 33, 186.
[148] *Law Commission* (2011) 33; *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 38.
[149] *Law Commission* (2011) 40, 186.
[150] *Law Commission* (2011) 35.

der Befragten alles den Kindern überlassen und nur 3 % den Kindern Priorität zusprechen würden. Eine gleiche Aufteilung zwischen Kindern und dem überlebenden Ehegatten/der überlebenden Ehegattin vertraten 16 %.[151] Im ähnlichen Fall, wenn die Kinder aber jünger als 18 Jahre alt sind, waren die Ergebnisse vergleichbar.[152] Die *Law Commission* kam zum Schluss, dass eine Empfehlung wonach der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin in allen Fällen das gesamte Vermögen des/der Verstorbenen erhalten sollte, ua nicht der öffentlichen Meinung entsprach. Dennoch bestünde eine beträchtliche Unterstützung, dem Ehegatten/der Ehegattin eine vorrangige Position einzuräumen (wie bereits nach den aktuellen Regeln der gesetzlichen Erbfolge).[153] Das bestehende System soll daher grundsätzlich erhalten bleiben, mit dem Unterschied, dass der überlebende Ehegatte/die überlebende Ehegattin die Hälfte des Überschusses nicht bloß lebzeitig, sondern ohne jegliche Einschränkungen erhalten soll.[154]

Die Empfehlung der *Law Commission* 1989 hinsichtlich der Lebensgemeinschaft wurde im Rahmen des *Law Reform (Succession) Act 1995* umgesetzt.[155] Der Bericht 2011 beschäftigt sich erneut mit der Position des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin und meinte, im Gegensatz zu 1989, dass ein überlebender Lebensgefährte/eine überlebende Lebensgefährtin ein gesetzliches Erbrecht bei Versterben seines Lebensgefährten/seiner Lebensgefährtin haben soll.[156] Die *Law Commission* beschäftigte sich wiederum mit Umfrageergebnissen, welche mitunter eine deutliche Befürwortung der erbrechtlichen Berücksichtigung des überlebenden Lebensgefährten/der überlebenden Lebensgefährtin ergaben. Diese Unterstützung variierte aufgrund von Faktoren, wie die Dauer der Beziehung, den vorhandenen potentiellen Erb_innen und der Existenz gemeinsamer Kinder.[157]

Im Rahmen des *Inheritance and Trustee's Powers Act 2014* wurden Empfehlungen der *Law Commission* betreffend die gesetzliche Erbfolge, ausgenommen jene bezogen auf den Lebensgefährten/die Lebensgefährtin, umgesetzt.[158]

---

[151] *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 39.
[152] *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 40; *Law Commission* (2011) 35.
[153] *Law Commission* (2011) 35.
[154] *Kerridge* (2015) 337; *Law Commission* (2011) 34ff, insb 40.
[155] *Law Commission* (2011) 2, 153f.
[156] *Kerridge* (2015) 341; *Law Commission* (2011) 161, 190f.
[157] *Law Commission* (2011) 154f, 159f, 161, 168; *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 42ff.
[158] *Kerridge* (2015) 340.

F. Geplante empirische Vorhaben

Solche umfangreichen empirischen Untersuchungen zum Erbrecht wie die beschriebenen, die auch den Gesetzgebungsprozess mit beeinflussten, wurden in Österreich noch nicht in dieser Art und Weise durchgeführt. Unabhängig von möglichen Gesetzesreformen können derartige Untersuchungen uE jedoch wertvolle Beiträge für die Wissenschaft leisten. Zum einen können sie aufzeigen, ob etwaige Diskrepanzen zwischen dem Wissen und der Einstellung der Bevölkerung dem Erbrecht gegenüber und der tatsächlich geltenden Rechtslage bestehen. Zum anderen können die Ergebnisse solcher Untersuchungen uU auch als Auslegungshilfe für unklare Anordnungen in letztwilligen Verfügungen herangezogen werden.

1. Quantitative Untersuchung

In Betracht kommt die Durchführung einer quantitativen Umfrage mit einer Reichweite von rund 1.000 Personen. Diese Erhebung könnte einen Querschnitt über die Ansichten der Befragten bezüglich des Erbrechts abbilden. Dabei sollten freilich keine spezifischen Zielgruppen befragt, sondern vielmehr die Anschauung der Gesamtbevölkerung dargestellt werden.

Mögliche Forschungsfragen, denen im Zuge einer quantitativen Umfrage nachgegangen werden könnte, wären etwa:

1. Wie viele Befragte haben eine letztwillige Verfügung erstellt?
2. Welche Gründe sind für das Testieren bzw Nicht-Testieren ausschlaggebend?
3. Was sind nach Meinung der Befragten Ziele des Erbrechts?
4. Welche erbrechtliche Position soll dem Ehegatten/der Ehegattin neben Nachkommen, Eltern und Geschwister des/der Verstorbenen nach Meinung der Befragten zustehen?
5. Befürworten die Befragten ein unmittelbares Erbrecht der Enkelkinder anstelle bzw neben überlebenden Kindern des/der Verstorbenen?
6. Welche erbrechtliche Position soll dem überlebenden Lebensgefährten/der überlebenden Lebensgefährtin neben Kindern und Eltern des Verstorbenen nach Meinung der Befragten zustehen?

7. Was soll nach Ansicht der Befragten mit dem Vermögen eines/einer Verstorbenen geschehen, wenn überhaupt keine Erb_innen vorhanden sind?

8. Inwiefern sind die gegebenen Antworten von Umständen wie Alter, Geschlecht, Ausbildung, Vermögen sowie Einkommen, Familienstand und der Existenz von Kindern beeinflusst?

Dabei ist anzunehmen, dass lediglich eine geringe Anzahl der Befragten eine letztwillige Verfügung errichtet hat.[159] Aufgrund der nachgewiesenermaßen geringen Testierquote wäre bei der Befragung von der Hypothese auszugehen, dass auch unter den Befragten nur wenige ihren letzten Willen gültig niedergelegt haben. Trotzdem vermuten wir, dass die Erwartungen und das Wissen der Bevölkerung sich nicht im Gesetz widerspiegeln.[160]

Mit der Durchführung der quantitativen Umfrage würde ein fachlich qualifiziertes Umfrageinstitut beauftragt werden. Im Rahmen der diesbezüglichen Überlegungen haben wir bereits einen möglichen Fragebogen entworfen. Im Rahmen von Stichproben wurde dieser Fragebogen auf seine Eignung, Länge und Verständlichkeit getestet, sodass das im Anschluss gegebene Feedback in die weitere Bearbeitung des Muster-Fragenbogens einfließen konnte. Für den Probelauf wurden Personen insb unter der Berücksichtigung ihres Alters, Geschlechts, familiären Hintergrunds und ihrer Ausbildung zur Ausfüllung des Fragebogens ausgewählt. Bereits in diesen (wenngleich nicht repräsentativen) Stichproben war die Diskrepanz zwischen der Rechtslage und den Ansichten der Befragten bereits klar ersichtlich. Wenn bspw gefragt wurde, was mit der Verlassenschaft geschehen solle, wenn überhaupt keine Erb_innen vorhanden waren, lehnte eine deutliche Mehrheit der Befragten, das Aneignungsrecht des Bundes ab und meinte, das Vermögen solle einer kleineren Einheit, wie etwa der Gemeinde, zukommen oder zu wohltätigen Zwecken gespendet werden.

2. Qualitative Studie

Für eine mögliche qualitative Studie erscheint uns va folgendes Thema geeignet: Das im Zuge des ErbRÄG 2015 erstmalig eingeführte gesetzliche Erbrecht sowie das Vorausvermächtnis des Lebensgefährten (§§ 745 Abs 2, 748 ABGB) stellt einen Paradigmenwechsel in der österreichischen Erbrechtsordnung dar. Es bedeutet eine Abkehr von der bisherigen Statusorientierung

[159] *EU-Kommission* (2009) 53ff.

[160] S dazu bspw die Umfrage *O'Neill* (2006) 6f; Umfrage I des *deutschen Bundesministeriums für Justiz* (1970), s dazu Kapitel C.

nach Familienverhältnissen hin zur Berücksichtigung faktischer Lebensverhältnisse.[161] Nach nunmehr geltender Rechtslage ist der Lebensgefährte/die Lebensgefährtin nach § 748 Abs 1 ABGB vor dem Staat und allfälligen Vermächtnisnehmer_innen als Erbe/Erbin vorgesehen, sofern keine sonstigen gesetzlichen Erb_innen vorhanden sind. Der Gesetzgeber führt dazu in den Materialien aus, das Erbrecht des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin entspreche dem mutmaßlichen Erblasserwillen, ohne diese Annahme empirisch zu begründen.[162] Angesichts der zunehmenden Bedeutung des Lebensmodells der Lebensgemeinschaft erscheint diese Annahme zumindest hinterfragenswert.[163] Durch eine soziologische Studie könnten wertvolle Informationen über dieses Thema generiert und eine fundierte Basis für einen derartigen Willen geschaffen werden.

Nachdem bisher wenig über die Wahrnehmungen, Einstellungen und Sichtweisen bezüglich Lebensgefährt_innen im Erbrecht erhoben wurde, böte sich hier die qualitative Forschung an. Qualitative Interviews gehen von subjektiven Ansichten und Erfahrungen der Teilnehmenden aus und ermöglichen eine tiefergehende Erforschung ihrer Wahrnehmungen und Perspektiven. Das wird insb durch lebensnahe Befragung und unmittelbare Befragungssituation ermöglicht.[164]

Ausgehend von dieser Problemstellung entstand die Idee einer Durchführung qualitativer Interviews[165] über die erbrechtliche Berücksichtigung des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin.

Grundlage der Untersuchung bilden dabei die folgenden Forschungsfragen:

1. Wie wird die Lebensgemeinschaft generell im Vergleich zu traditionellen Lebensformen (Ehe) gesehen?
2. Wie sieht die allgemeine Auffassung und Wahrnehmung betreffend Erbrecht aus?
    a. Was sind nach Meinung der Befragten die Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft im Vergleich zur Ehe?

[161] *Christandl* (2016) 21.
[162] ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 22.
[163] *Zartler* (2012) 44; *Zartler* (2013) 24ff; *Berghammer/Fliegenschnee/Schmidt* (2014) 1137ff; *Kaindl/Schipfer* (2017) 1ff; *Poortman/Mills* (2012) 357ff; *Perelli-Harris/Sánchez-Gassen* (2012) 435ff.
[164] *Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward* (2010) 16.
[165] Die Ausarbeitung dieses Vorhabens entstand im Zuge einer Forschungskooperation mit Mitgliedern des Instituts für Soziologie in Wien.

   b. Was wissen die Befragten über die Erbrechtsreform 2015, insbesondere in Bezug auf den Lebensgefährten/die Lebensgefährtin?
   c. Wie werden diese Rechte verstanden und wie werden diese in Hinblick auf die eigene Lebenssituation wahrgenommen?
   d. Wie beurteilen die teilnehmenden Personen die Reform und was sind ihre Erwartungen?
   e. Welche Herausforderungen und Probleme gehen mit dem neuen subsidiären Erbrecht für die Befragten einher?
   f. Welche Auswirkungen soll die Existenz von gemeinsamen Kindern bzw Kinder aus früheren Beziehungen auf das Erbrecht des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin haben?
3. Wie sollte nach Meinung der Teilnehmenden ein ideales Erbrecht des Lebensgefährten/der Lebensgefährtin aussehen?

Die Studie soll sich auf die Fokusgruppe der Lebensgefährt_innen zwischen 25 und 49 Jahren konzentrieren. Methodisch wird die Führung von Paar-Interviews angedacht, welche aufgenommen und wörtlich transkribiert werden. Das dadurch erhaltene Datenmaterial wird anschließend in Bezug auf Ideen sowie gleiche bzw unterschiedliche Auffassungen der Befragten analysiert.

G. Resümee

Gerade der Blick auf fremde Rechtsordnungen zeigt die Relevanz von empirischen Untersuchungen im Zusammenhang mit erbrechtlichen Fragen. UE wäre es wünschenswert, solche auch in Österreich durchzuführen und dabei quantitative und qualitative Methoden zu kombinieren, um zusätzlichen Erkenntnisgewinn zu erzielen.

Literatur

Barta 2004: Zivilrecht – Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken (2004), www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/kap17_0.xml (30.5.2018).

Bauer 2003: Soziologie und Erbrechtreform (2003).

Begleitschreiben des Justizministeriums zum Ministerialentwurf, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00100/fname_391750.pdf (19.12.2018).

Berghammer/Fliegenschnee/Schmidt 2014: Cohabitation and marriage: Assessing the individualization thesis across the life course, Demografic Research 2014, 1137-1166, www.demographic-research.org/volumes/vol31/37/31-37.pdf (2.7.2018).

Central Research Unit 1989: Succession Law: A report to the Scottish Law Commission about estates passing on death in Scotland (1989).

Christandl 2016: Die Lebensgemeinschaft im gesetzlichen Erbrecht – zur Überwindung der reinen Statusorientierung im Intestaterbrecht, JBl 2016, 21-28.

Christandl/Nemeth 2016: Das neue Erbrecht: Ausgewählte Einzelfragen, NZ 2016, 1-14.

EU-Kommission 2009: COM (2009) 154 final, SEC (2009) 411.

Fedynskyj 1968: Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937 bis 1941 (1968).

Freisitzer 1975: Die Ausgestaltung des österreichischen Erbrechts und die Rolle der empirischen Sozialforschung, in: FS Wilburg (1975) 101-108.

Gretton/Steven 2017: Property, Trusts and Succession³ (2017).

Hiram 2007: The Scots Law of Succession² (2007).

Humphrey/Mills/Morrell/Douglas/Woodward 2010: National Centre for Social Research, Inheritance and the family: attitudes to will-making and intestacy (2010), http://natcen.ac.uk/media/23979/inheritance-family-attitudes-will-making.pdf (13.12.2018).

Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975, www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63/pdfs/ukpga_19750063_en.pdf (19.12.2018)

Inheritance and Trustees' Powers Act 2014, http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/16/pdfs/ukpga_20140016_en.pdf (13.12.2018).

Kaindl/Schipfer 2017: Familie in Zahlen 2016: Statistische Informationen zu Familien in Österreich (2017), www.oif.ac.at/fileadmin/OEIF/FiZ/fiz_2016.pdf (2.7.2018).

Kerridge 2015: Intestate Succession in England and Wales in: Reid/de Waal/Zimmerman (Hg) Comparative Succession Law II: Intestate Succession (2015) 323-348.

Kommenda 2015/26/02, Experten kritisieren neues Erbrecht, Die Presse 2015/26/02.

Law Commission 1988: Working Paper: Distribution on Intestacy No 108 (1988), https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2016/08/No.108-Distribution-on-Intestacy.pdf (13.12.2018).

Law Commission 1989: Family Law Distribution on Intestacy No 187 (1989), www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/235789/0060.pdf (13.12.2018).

Law Commission 2009: Consultation Paper No 191: Intestacy and Family Provision Claims on Death (2009), www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/cp191_Intestacy_Consultation.pdf (17.12.2018).

Law Commission 2011: Intestacy and Family Provision Claims on Death No 331 (2011), https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/03/lc331_intestacy_report.pdf (13.12.2018).

Manners/Rauta 1981: Family Property in Scotland (1981).

Mellows 1983: The Law of Succession[4] (1983).

Morrell/Bernard/Legard 2009: National Centre for Social Research, The Law of Intestate Succession: Exploring Attitudes Among Non-Traditional Families. Final Report (2009), https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2015/06/law_of_intestate_succession_research.pdf (13.12.2018).

O'Neill 2006: Scottish Consumer Council, Wills and Awareness of Inheritance Rights in Scotland (2006), http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20090724140641/http://scotcons.demonweb.co.uk/publications/reports/reports06/rp10wrep.pdf (13.12.2018).

Perelli-Harris/Sánchez-Gassen 2012: How similar are cohabitation and marriage? Legal approaches to cohabitation across Western Europe, Population and Development Review 2012, 435-467.

Poortman/Mills 2012: Investments in marriage and cohabitation: The role of legal and interpersonal commitment, Journal of Marriage and Family 2012, 357-376.

Rabl 2015: Das Erbrechts-Änderungsgesetz 2015, in: Rabl/Zöchling-Jud (Hg) Das neue Erbrecht: Erbrechtsänderungsgesetz 2015 (2015) 1-11.

Reid 2015: Intestate Succession in Scotland, in: Reid/de Waal/Zimmerman (Hg) Comparative Succession Law: Intestate Succession II (2015) 370-400.

Reid/De Waal/Zimmermann 2015: Intestate Succession in Historical and Comparative Perspective, in: Reid/De Waal/Zimmermann (Hg) Comparative Succession Law: Intestate Succession II (2015) 442-512.

Scottish Executive Social Research 2005: Attitudes towards Succession Law: Findings of a Scottish Omnibus Survey (2005), www2.gov.scot/Resource/Doc/55971/0015792.pdf (13.12.2018).

Sherrin/Bonehill 2004: The Law and Practice of Intestate Succession[3] (2004).

Scottish Law Commission 1986a: Consultative Memorandum No 69: Intestate Succession and Legal Rights (1986), www.scotlawcom.gov.uk/files/3913/1132/2380/cm69.pdf (13.12.2018).

Scottish Law Commission 1986b: Consultative Memorandum No 70: The Making and Revocation of Wills (1986), www.scotlawcom.gov.uk/files/2513/1221/3872/cm70.pdf (13.12.2018).

Scottish Law Commission 1986c: Consultative Memorandum No 71: Some Miscellaneous Topics in the Law of Succession (1986), www.scotlawcom.gov.uk/files/3513/1221/3939/cm71.pdf (13.12.2018).

Scottish Law Commission 1990: Report on Succession No 124 (1990), www.scotlawcom.gov.uk/files/6812/7989/6684/rep124.pdf (13.12.2018).

Scottish Law Commission 2007: Discussion Paper on Succession No 136 (2007), www.scotlawcom.gov.uk/files/1012/7885/3181/dp136.pdf (13.12.2018).

Scottish Law Commission 2009: Report on Succession No 215 (2009), www.scotlawcom.gov.uk/files/7112/7989/7451/rep215.pdf (13.12.2018).

Scottish Government 2015: Consultation on Succession Law (2015), www.gov.scot/Resource/0048/00480484.pdf (13.12.2018).

Sloan 2017: Law of Succession³ (2017).

Stöcker 1971: Die Neuordnung der gesetzlichen Erbfolge im Spiegel des mutmaßlichen Erblasserwillens, FamRZ 1971, 609-618.

Succession (Scotland) Act 1964, www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/41/pdfs/ukpga_19640041_en.pdf (13.12.2018).

Succession (Scotland) Act 2016, www.legislation.gov.uk/asp/2016/7/pdfs/asp_20160007_en.pdf (13.12.2018)

Welser 2001: Zur Reform des Anrechnungsrechts – Ergebnisse einer Umfrage im Notariat, NZ 2001, 105-110.

Zartler 2012: Das Familienbild des ABGB und die Lebenssituation von Scheidungs- und Nachscheidungsfamilien, in: Olechowski et al (Hg) Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2012: Eherecht 1811-2011 – Historische Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen (2012).

Zartler 2013: Nichteheliche Lebensgemeinschaften. Soziologische Analyse einer Lebensform, in: ÖJT (Hg) Verhandlungen des 18. Österreichischen Juristentages Linz 2012 Zivilrecht: Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften? (2013) 24-45.

Mag.[a] Katharina Dobler
FWF-Projekt österreichische Erbrechtsreform
Institut für Italienisches Recht, Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0043-512-507-80229
Katharina.Dobler@uibk.ac.at

Mag. Simon Jetzinger
FWF-Projekt österreichische Erbrechtsreform
Institut für Italienisches Recht, Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0043-512-507-81204
Simon.Jetzinger@uibk.ac.at

Tagungsprogramm





Einladung

zur Tagung

Neunte Tagung Rechtstatsachenforschung

21./22.6.2018 ab 14:00 Uhr s.t.

Saal New Orleans, 1. Stock, Universitätshauptgebäude
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, A-6020 Innsbruck

Programm Donnerstag, 21.6.2018

14:00 Uhr: **Eröffnung und Begrüßung durch**
Christian Markl, Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Andreas Schwartze, Leiter des Instituts für Zivilrecht

14:15 Uhr: **Joachim Renn/Münster (Institut für Soziologie)**
Normative Desintegration durch das Recht –
vom Anomieverdacht zur Übersetzungs-Autonomie

Diskussion

15:15 Uhr: **Michael Ganner/Innsbruck (Institut für Zivilrecht)**
Ökonomische und ethische Betrachtungen im Gesundheitswesen

15:45 Uhr: **Thomas Pixner/Innsbruck (Institut für Zivilrecht)**
Gesundheitsökonomische Aspekte der Robotik

16:15 Uhr: **Magdalena Flatscher-Thöni/Hall (Institut für Public Health, Medical Decision Making, HTA),**
Caroline Voithofer/Innsbruck (Institut für Zivilrecht)
Empirische Forschungsergebnisse zur Spendebereitschaft von Ei- und Samenzellen für die Fortpflanzungsmedizin in Österreich

Diskussion & Kaffeepause

17:15 Uhr: **Anna Schwedler/Frankfurt am Main (Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht)**
Rechtlicher Schutz vor Gewalt in der familialen Pflege

17:45 Uhr: **Kristina Stöckl/Innsbruck (Institut für Soziologie)**
Postsäkulare Konflikte. Transnationale moralkonservative Normmobilisierung und die Rolle Russlands

18:15 Uhr: **Claudia Globisch/Innsbruck (Institut für Soziologie)**
Normkonstruktion und Aneignungsprozesse. Das Beispiel Mindestsicherung in Österreich

Diskussion

ca 19:00 Uhr: **Brot & Wein**

Programm Freitag, 22.6.2018

09:30 Uhr: **Anabel Puentes/Havanna (Institut für Zivilrecht)**
The Role of Empirical Legal Studies and Legal Philosophy in Cuba

10:00 Uhr: **Walter Fuchs/Wien (Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie)**
Warum gibt es immer weniger streitige Zivilverfahren? Rechtssoziologische Thesen zum Klagerückgang in Österreich und Deutschland

10:30 Uhr: **Christian Sillaber/Innsbruck (Institut für Informatik)**
Cybercrime am Beispiel Phishing: Ein Rechtsprechungsvergleich von Österreich, Deutschland und dem Vereinigten Königreich

Diskussion & Kaffeepause

11:30 Uhr: **Katharina Dobler/Simon Jetzinger/Innsbruck (Institut für Italienisches Recht)**
Empirische Untersuchungen zum gesetzlichen Erbrecht

12:00 Uhr: **Carolin Wimmer/Innsbruck (Institut für Zivilrecht)**
Rechtliche und ethische Aspekte der Humanforschung

Diskussion & Verabschiedung

Neunte Tagung Rechtstatsachenforschung

Veranstalterin:

Universität Innsbruck, Rechtswissenschaftliche Fakultät,
Institut für Zivilrecht
vertreten durch Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner, Univ.-Ass.in Dr.in Caroline Voithofer
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz, 1. Stock, Saal New Orleans, Raum Nr 111, A-6020 Innsbruck
Tel: +43 512 507-81029
E-Mail: michael.ganner@uibk.ac.at, caroline.voithofer@uibk.ac.at

Anmeldung unter:

E-Mail: Tatjana.Ulasik@uibk.ac.at

Tagungsziel:

Die diesjährige Tagung „Rechtstatsachenforschung" widmet sich den vielfältigen Beziehungen von Recht & Gesellschaft und soll einen Raum dafür bieten, aus der Rechtsdogmatik heraus zu analysieren, wo und in welcher Art und Weise andere soziale Normen einen Einfluss auf die Rechtsanwendung und Rechtsdogmatik haben und andererseits aus gesellschaftstheoretischer und rechtssoziologischer Perspektive verdeutlichen, welchen Einfluss Gesellschaftstheorie oder andere soziale „Fakten" auf das Recht nimmt/nehmen.

Die Tagung setzt sich zum Ziel, die in der Rechtstatsachenforschung, Rechtssoziologie sowie empirischen Rechtsforschung Tätigen zu vernetzen. Dabei liegt der Schwerpunkt dieses Jahr primär auf der Vernetzung der in Innsbruck an unterschiedlichen Fakultäten tätigen Forscher_innen – aber, um nicht im eigenen Dunstkreis zu verhaften, sind auch Forschende aus anderen Orten zum Vortrag eingeladen.

Den Eröffnungsvortrag wird Joachim Renn (Professor für Gesellschaftliche Kohäsion an der Universität Münster) zum Thema „Normative Desintegration durch das Recht" halten.

Gefördert durch:

Das Vizerektorat für Forschung, die Rechtswissenschaftliche Fakultät und das Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck sowie aus Land Vorarlberg.

Vorarlberg
unser Land

Abbildungen

Tabellen

Normen und Stichworte

Autorinnen und Autoren

Dr.[in] med. Bettina Böttcher, MA
Klinik für Gynäkologische Endokrinologie und Reproduktionsmedizin
Department Frauenheilkunde, Medizinische Universität Innsbruck
Anichstrasse 35
A-6020 Innsbruck
bettina.boettcher@i-med.ac.at

Mag.[a] Katharina Dobler
FWF-Projekt österreichische Erbrechtsreform
Institut für Italienisches Recht, Universität Innsbruck
Innrain 52
A-6020 Innsbruck
Katharina.Dobler@uibk.ac.at

Ass.-Prof.[in] Dr.[in] Magdalena Flatscher-Thöni
Institut für Public Health, Medical Decision Making & HTA
Private Universität für Gesundheitswissenschaften, Medizinische Informatik und Technik, UMIT
Eduard-Wallnöfer-Zentrum 1
A-6060 Hall in Tirol
magdalena.flatscher-thoeni@umit.at

Dr. Walter Fuchs, MA
Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
Museumstraße 5/12
A-1070 Wien
walter.fuchs@irks.at

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
michael.ganner@uibk.ac.at

Ass.-Prof. Dr. Wilhelm Geser
Institut für Psychologie, Universität Innsbruck
Innrain 52f
A-6020 Innsbruck
willi.geser@uibk.ac.at

Mag. Simon Jetzinger
FWF-Projekt österreichische Erbrechtsreform
Institut für Italienisches Recht, Universität Innsbruck
Innrain 52
A-6020 Innsbruck
Simon.Jetzinger@uibk.ac.at

Ao. Univ.-Prof.in Dr.in Astrid Lampe
Department Psychiatrie und Psychotherapie
Universitätsklinik für Medizinische Psychologie, Medizinische Universität Innsbruck
Schöpfstrasse 23a
A-6020 Innsbruck
astrid.lampe@i-med.ac.at

Kseniya Medvedeva, MA
Graduate School of North American Studies, FU Berlin
Lansstraße 5-9
D-14195 Berlin
Medvedeva@gsnas.fu-berlin.de

Mag. Thomas Pixner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
thomas.pixner@uibk.ac.at

MsC Anabel Puentes Gómez
Assistant Professor of the Department of Civil Law
Faculty of Law
University of Havana
anabelpuentes1@gmail.com; anabelpuentes@lex.uh.cu

Univ.-Prof. Dr. Joachim Renn
Professur für Theoriebildung mit dem Schwerpunkt soziale Kohäsion
Institut für Soziologie, Universität Münster
Scharnhorststraße 121
D-48151 Münster
j.renn@uni-muenster.de

Univ.-Prof. Dr. *Andreas Schwartze*, LL.M (EHI)
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
andreas.schwartze@uibk.ac.at

Assoz.-Prof.in Univ.-Doz.in Dr.in Claudia Schusterschitz
Institut für Psychologie
Department für Psychologie und Medizinische Wissenschaften
UMIT- University for Health Sciences, Medical Informatics and Technology
EWZ I
A-6060 Hall in Tirol
claudia.schusterschitz@umit.at

Dr.in Anna Schwedler
Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft
Goethe-Universität Frankfurt
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
D-60323 Frankfurt am Main
schwedler@jur.uni-frankfurt.de

PhD Christian Sillaber
Zicklin Center
Institut für Informatik, Universität Innsbruck
Technikerstrasse 21a
A-6020 Innsbruck
christian.sillaber@acm.org

Univ-.-Prof.in Dr.in Kristina Stoeckl
Institut für Soziologie, Universität Innsbruck
Universitätsstraße 16
A-6020 Innsbruck
kristina.stoeckl@uibk.ac.at

Dipl.-Math. oec. Sven Uebelacker
Technische Universität Hamburg
Sicherheit in verteilten Anwendungen (E-15)
D-21071 Hamburg
research@uebelacker.net

Dr.in Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, Christoph-Probst-Platz
A-6020 Innsbruck
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Ao. Univ.-Prof.in Dr.in Gabriele Werner-Felmayer
Sektion für Biologische Chemie und Bioethik Netzwerk ethucation
Medizinische Universität Innsbruck
Innrain 80
A-6020 Innsbruck
gabriele.werner-felmayer@i-med.ac.at

Die Reihe „Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung" verfolgt das Ziel, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts und seine tatsächliche Anwendung darzustellen und zu analysieren. Band 10 enthält die Referate der Tagung „Rechtstatsachenforschung", die im Juni 2018 in Innsbruck stattgefunden hat. Die Tagung bot diesmal einen Strauß unterschiedlicher nationaler und internationaler Themen, die die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung in einer sich wandelnden Gesellschaft belegen. Dabei konnten freilich nur kleine Schlaglichter auf einzelne Bereiche geworfen werden. Vieles andere bedürfte ebenso intensiver rechtstatsächlicher und rechtsoziologischer Beforschung.

Konkret beinhaltet der Band folgende Beiträge: *Joachim Renn* (Münster): „Normative Desintegration durch das Recht – vom Anomieverdacht zur Übersetzungs-Autonomie"; *Michael Ganner* (Innsbruck): „Ökonomie und Ethik im Gesundheitswesen. Ressourcenverteilung im Spannungsverhältnis von Spitzenmedizin und sozialer Gerechtigkeit"; *Thomas Pixner* (Innsbruck): „Gesundheitsökonomische Aspekte der Chirurgierobotik. Dargestellt am Beispiel der Prostatektomie unter Anwendung des Da-Vinci Chirurgieroboters"; *Magdalena Flatscher-Thöni/Caroline Voithofer/ Gabriele Werner-Felmayer/Bettina Böttcher/Astrid Lampe/Wilhelm Geser/Claudia Schusterschitz* (Innsbruck/Hall in Tirol): „Empirische Forschungsergebnisse zur Spendebereitschaft von Ei- und Samenzellen für die Fortpflanzungsmedizin in Österreich"; *Anna Schwedler* (Frankfurt am Main): „Gewalt gegen alte Menschen in häuslicher Pflege"; *Kristina Stöckl/Kseniya Medvedeva* (Innsbruck/Berlin): „Menschenrechte unter Druck: Russland als Verteidiger ‚traditioneller Werte' vor den Vereinten Nationen"; *Anabel Puentes Gómez* (Havanna): „Empirical and philosophical studies of law in Cuba. An outline from the experience"; *Walter Fuchs* (Wien): Warum gibt es immer weniger streitige Zivilverfahren? Rechtssoziologische Thesen zum Klagerückgang in Österreich und Deutschland; *Christian Sillaber/Sven Uebelacker* (Innsbruck/Hamburg): „Phishing in höchstgerichtlicher Judikatur"; *Katharina Dobler/Simon Jetzinger* (Innsbruck): „Empirische Untersuchungen zum gesetzlichen Erbrecht".


ISBN 978-3-903187-65-8
9 783903 187658